

**TEORÍA DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS
ESTATALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES**

DAYANA YISETH RENGIFO FLÓREZ

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

Bogotá D.C.

2015

**TEORÍA DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS
ESTATALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES**

DAYANA YISETH RENGIFO FLÓREZ

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**DIRECTOR DE TESIS
Dr. RODRIGO POMBO CAJIAO
Magister en Derecho**

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

Bogotá D.C.

2015

Notas de aceptación:

PRESIDENTE(A) DEL JURADO

JURADO

JURADO

Bogotá D.C, enero de 2015

DEDICATORIA

A Dios, por su grandeza.

A mis padres, por llevarme de la mano hasta donde se debe y ser mi fuente de toda inspiración.

AGRADECIMIENTOS

Para todos los que a nuestro alrededor hicieron posible culminar este proyecto, ya sea con sus conocimientos, recomendaciones o valiosos aportes; y por supuesto, agradecer de manera muy especial al Doctor Rodrigo Pombo Cajiao, abogado Javeriano y asesor asignado por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, por la fe, confianza, dedicación y conocimientos brindados a lo largo del trabajo de investigación.

De igual manera, agradezco a mi familia por su incondicional apoyo, y brindarme la fortaleza y ánimo que se requiere para trabajar en la elaboración del presente escrito.

Finalmente, quiero agradecer a las personas, como al Doctor Julio César Díaz Perdomo por ser un ejemplo profesional a seguir y sobre todo por su amistad; también, a las jurados que evaluaron la tesis, Dra. Tatiana Oñate y Dra. Claudia Barrantes las que permitieron pulir el trabajo a nivel de la maestría cursada y aquellos servidores públicos que dedicaron parte de su tiempo en resolver las preguntas focalizadas realizadas en el trabajo de campo llevado a cabo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	16
CAPÍTULO I	22
1. MARCO GENERAL DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	22
1.1 TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO DEL CONTRATO EN LA LEY 80 DE 1993	22
1.2 FINALIDAD DE LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN LOS CONTRATOS ESTATALES	30
1.3. TEORÍA GENERAL DEL RIESGO	33
1.4 TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LA LEY 1150 DE 2007	36
1.4.1 RIESGO PREVISIBLE E IMPREVISIBLE	38
1.4.1.1 Teoría de la imprevisión	39
1.4.1.2 Teoría de los riesgos previsible	46
1.5 TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS ESTATALES.	51
CAPÍTULO II	56
2. DEL RIESGO PREVISIBLE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	56
2.1 FINALIDAD DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS ESTATALES	56
2.1.1 DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO – FINANCIERO	59
2.1.2 DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	64
2.1.3 DESDE EL PUNTO DE VISTA AMBIENTAL	67
2.2 REGLAMENTACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS ESTATALES.	69
2.2.1 DECRETO NACIONAL 2474 DEL 07 DE JULIO DE 2008.	69

2.2.2	DECRETO NACIONAL 0734 DEL 13 DE ABRIL DE 2012.....	72
2.2.3	DECRETO NACIONAL 1510 DEL 17 DE JULIO DE 2013	75
2.2.4	MANUAL PARA LA IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO.....	77
2.2.5	RIESGO DEL PROCESO Y RIESGO DEL CONTRATO.	78
2.2.5.1	DEL RIESGO DEL PROCESO.....	78
2.2.5.2	DEL RIESGO DEL CONTRATO	83
2.3	DOCUMENTOS CONPES	84
CAPÍTULO III.....		88
3.	CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES...88	
3.1	DEFINICIÓN DE CONTRATO ESTATAL.....	88
3.2	MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	92
3.3	CAUSALES DE CONTRATACIÓN DIRECTA	109
3.4	DESARROLLO LEGAL Y DOCTRINAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN.....	121
3.5	EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y LA TEORÍA DEL RIESGO.....	130
CAPÍTULO IV		136
4.	DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.....	136
4.1	PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LA DISCUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.....	136
4.1.1	Licitación pública.	137
4.1.2	Selección Abreviada y Concurso de Méritos.	141
4.1.3	Contratación Directa y Mínima Cuantía.	144

CAPITULO V	149
5. FUNDAMENTOS QUE DESVIRTÚAN LA NECESIDAD DE CONTEMPLAR LA TEORÍA DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.....	149
5.1 POR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.....	150
5.2 POR LA TEORÍA DEL RIESGO PREVISIBLE.....	153
5.3 POR LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO....	153
5.4 POR LA OMISIÓN DE UNA ETAPA ESPECÍFICA QUE PERMITIERA LA DISCUSIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES.....	157
5.5 POR LA FINALIDAD DE LA TEORÍA DEL RIESGO PREVISIBLE.....	159
5.6 POR LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	160
5.7 POR LA REALIDAD JURÍDICA OBSERVADA CONFORME AL ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS QUE ARROJO EL TRABAJO DE CAMPO REALIZADO:.....	161
5.7.1 Entidades Estatales y servidores públicos seleccionados.....	163
5.7.2 Análisis de los resultados obtenidos.....	164
5.8 VALIDEZ DEL ANÁLISIS DE RIESGOS PREVISIBLES, REALIZADO POR LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	175
CONCLUSIONES	193
BIBLIOGRAFÍA	200

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Entrevista focalizadas realizadas a las siguientes Entidades:	
FUNDACIÓN GILBERTO ALZATE AVENDAÑO.....	205
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.....	207
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.....	209
MINISTERIO DE DEFENSA.....	213
PROGRAMA PRESIDENCIAL.....	214
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.....	215
SECRETARÍA DE MOVILIDAD.....	216
SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.....	218
INSTITUTO PARA LA INVESTIGACIÓN EDUCATIVA Y EL DESARROLLO PEDAGÓGICO-IDEP.....	220

RESUMEN Y PALABRAS CLAVES

Con la finalidad de mantener la mirada financiera equivalente entre las partes - lo que responde a la relación entre el derecho y la economía- no en vano la Ley 1150 de 2007 contempló dentro de su articulado el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

Por su parte, el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012 –hoy derogado por el Decreto 1510 de 2013- impuso la obligación a las entidades del Estado de incluir los riesgos previsibles en los estudios previos pero sólo aquellos que puedan afectar el equilibrio económico del contrato que pretenda celebrar la Entidad Pública contratante. Aunado a lo anterior, el Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013 –vigente conforme al régimen de transición a partir del 1 de enero de 2014- también contempla la teoría de los riesgos dentro de su articulado.

No obstante lo anterior, la normatividad legal pese a su esfuerzo, no puede regular todas las situaciones, prueba de ello, es que para los contratos de prestación de servicios profesionales la disposición legal en lo que respecta a los riesgos previsibles resulta ser innecesaria por la naturaleza misma de éstos y otras razones que abordaremos a fondo en este escrito. Es así como las actuaciones que se desplieguen en la contratación Estatal deben funcionar sobre una lógica económica, por ello, resulta pertinente investigar sobre la eficacia o no de incorporar los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico en los contratos de prestación de servicios profesionales cuando la ejecución de éstos depende exclusivamente del desarrollo intelectual que corre por cuenta del contratista.

Palabras claves: Equilibrio económico, teoría del riesgo previsible, contrato Estatal, contrato de prestación de servicios profesionales.

ABSTRACT AND KEY WORDS

In order to maintain equivalent financial gaze between the parties - which responds to the relationship between law and the economy, the Law 1150 of 2007 contemplated within its purview the restoration of economic and financial balance of the contract.

For its part, the National Decree 0734 of April 13, 2012, now repealed by Decree 1510 of 2013 - imposed an obligation on state entities to include foreseeable risks in previous studies, but only those that may affect the balance economic contract that intends to enter the Public Contracting. Added to this, Decree 1510 of July 17, 2013, in force under the transitional regime from January 1, 2014 - also includes the theory of risk within its purview.

Nevertheless, legal regulations despite their efforts, can not regulate all situations, the proof is that for contracts for professional services the legal provision regarding foreseeable risks appears to be unnecessary for the nature of these and other reasons that will be addressed in depth in this paper. Thus, the actions that are deployed in the State procurement should operate on an economic logic, therefore, it is pertinent to investigate the effectiveness or otherwise of incorporating foreseeable risks that may affect the economic balance in contracts for professional services when their execution depends exclusively on the intellectual development borne by the contractor.

Keywords: Economic balance, theory foreseeable, State contract, contract to provide professional services.

SUPLEMENTO

Es de advertir que para la fecha de culminación del presente trabajo de investigación aún no se había expedido el Decreto 1510 el cual fue publicado el día 17 de Julio de 2013, "*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*"– derogando el Decreto Nacional 0734 de 2012- y que conforme al artículo 161, rige a partir del 15 de agosto de 2013, el que además permite una aplicación transitoria del Decreto 0734 de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013, según lo señala el numeral 2 del artículo 162. Dicho esto, lo anterior hace imperioso incluir al presente texto el denominado "*Suplemento*" por las razones que se expondrán en seguidas líneas, a saber:

La tesis de grado presentada para optar al título de Magister en Derecho Administrativo ha tenido un desarrollo, el que inició con el anteproyecto de investigación desde hace aproximadamente tres años, y en donde metodológicamente se fijó un límite temporal y espacial al planteamiento del problema y por ende, a su análisis. Así las cosas, se advirtió desde ese entonces que la investigación se abordaría a partir de la Ley 1150 de 2007 y se prolongaría hasta la fecha de culminación con la normatividad vigente, lo que ocurrió a comienzos del año de 2013. En palabras diferentes, la última normatividad legal estudiada correspondió al Decreto 0734 de 2012 –vigente conforme al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2013-. No obstante lo anterior, y conforme los valiosos aportes presentados por los jurados, el trabajo de investigación fue actualizado en el sentido de incorporar el análisis del Decreto 1510 de 2013 y el Manual de riesgos.

El Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 sigue incorporando a su texto –como lo hacían los anteriores decretos- el tema de los riesgos en la contratación, el cual es definido por el Artículo 3 en los siguientes términos:

“Art. 3 Definiciones. Los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

(...)

Riesgo es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”

Se mantiene entonces la expresión de los riesgos en la contratación estatal como un suceso o evento que se puede presentar dentro de la ejecución del contrato pero ahora con una definición más amplia en el sentido que se incluye también al proceso de contratación como tal, como un suceso adverso a los objetivos –no sólo al carácter económico- Además, el artículo 15 del Decreto 1510 de 2013 indica que la *Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de **Análisis de Riesgo**. La Entidad Estatal debe dejar constancia del análisis de los riesgos en los Documentos del Proceso.* Luego, entonces, se continúa incorporando a la etapa pre contractual (Ahora denominada etapa de planeación).

Hasta aquí podemos decir que el tema de los riesgos sigue ocupando un espacio fundamental en las normas de contratación pública. Ahora bien, lo novedoso del tema radica en que se elimina la diferencia entre los riesgos previsibles e imprevisibles, sin hacer distinción alguna de ellos pues, con la nueva normatividad simplemente se trata de realizar el análisis de los riesgos,

sin hacer hincapié en la previsibilidad o no de éstos durante la etapa de ejecución del contrato o en el proceso de selección. Análisis que tiene sus inicios en la etapa de planeación, los cuales deben ser agregados desde los estudios previos, los que a su vez se convierte en el soporte del proyecto de pliego de condiciones, de los pliegos de condiciones definitivos y del contrato mismo. Veamos el precepto legal:

“Artículo 20. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

- 1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.*
- 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.*
- 3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.*
- 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.*

5. *Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.*
6. ***El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.***
7. *Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.*
8. *La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.*

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía.” (Negritas fuera del texto original)

En ese orden de ideas el tema del análisis de riesgos hoy en día tiene un aspecto más amplio, esto es, no sólo recae sobre los riesgos previsibles que pudieran afectar el equilibrio económico del contrato como se indicaba anteriormente en el numeral 6 del artículo 2.1.1 del Decreto 0734 del 15 de abril de 2012, sino que ahora simplemente debe contener el análisis del riesgo y la forma de mitigarlos en los estudios previos.

INTRODUCCIÓN

La Ley 1150 de 2007 trajo consigo, entre otras de sus innovaciones, la teoría de los riesgos previsible en los contratos estatales, rezando su artículo 4, que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes se debe incluir la estimación, tipificación, distribución y asignación de los riesgos previsible involucrados en desarrollo del contrato. Veamos la disposición legal:

Art. 4 De la distribución de riesgos en los contratos estatales. *Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación.*

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Por su parte, el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012 - Conforme lo señala el régimen de transición del Decreto 1510 de 2013 vigente hasta el 31 de diciembre de 2013 -, contempló que en los estudios o documentos previos que soportan la contratación, sin hacer diferencia la normatividad en cuanto a la tipología del contrato que pretenda celebrar la administración pública, debe ir inmerso el análisis que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible en los contratos estatales. Indicaba el precepto:

Artículo 2.1.1. Estudios y documentos previos. *En desarrollo de lo señalado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de*

condiciones o del contrato, de manera que los proponentes o el eventual contratista respectivamente, puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad así como la distribución de riesgos que la misma propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones **y deberán contener, como mínimo, los siguientes elementos:**

(...)

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

A su turno, el Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013, indica que las entidades estatales deben hacer durante la etapa de planeación el análisis de riesgos.

Decreto 1510 de 2013. Artículo 17. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.

De suerte pues, que es responsabilidad de la Entidad Pública contratante, establecer en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que se puedan derivar con ocasión del desarrollo de la actividad contractual. Como consecuencia de lo anterior, los riesgos previsibles deben ser identificados en todos los contratos que pretenda celebrar la administración pública.

Luego entonces, con el Decreto 0734 de 2013 existía la obligación legal de incluir en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones el soporte que

permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, obligación legal que continúa vigente con el Decreto Nacional 1510 de 2013 (análisis de riesgos previsible e imprevisibles), y es en este punto en donde nace el **problema jurídico de la investigación** resultando interesante, pues, discernir e investigar, si la norma que impone la obligación a las entidades públicas de tipificar, asignar y distribuir los riesgos previsibles para todos los contratos estatales es de recibo para el caso de la casual de contratación directa concerniente a la prestación de servicios profesionales, y en caso positivo, en qué casos resulta ser pertinente. ¿Puede ello requerirse en servicios en los que resulta casi imposible que terceros intervengan en el desarrollo intelectual que debe realizar el contratista? o ¿Esas eventuales intervenciones se puedan traducir en la afectación del equilibrio económico de las partes contratantes?

No sobra recordar que las actuaciones que se desarrollen por los intervinientes en la contratación estatal deben acaecer sobre la lógica económica del sistema y que así deben atender los principios que lo rigen, entre ellos, de eficacia y economía. No podemos olvidar, que el mejor régimen legal es el que enerva las controversias y facilita las transacciones, como lo pone de presente el análisis económico del derecho, que es especialmente importante en la teoría del equilibrio económico de los contratos¹, sin duda es una herramienta fundamental para el estudio de las normas jurídicas.

A lo largo del presente escrito podrán encontrar una crítica a la norma jurídica que impone el deber a las entidades públicas de incluir en los documentos previos el análisis de los riesgos previsibles cuando se trata de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión², - causal que, como se dijo, permite acudir a la modalidad de contratación directa³.

¹ STORDEUR Eduardo. Análisis Económico del Derecho. 1ª Edición. Buenos Aires: Abeledo perrot. 2011. pág. 29

² Según el informe realizado por la Auditoría General de la República (COLOMBIA. AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Pronunciamientos del Auditor General de la República sobre la contratación por prestación de servicios de la

Lo anterior permitirá afirmar una de las **hipótesis** planteadas, esto es, que en la práctica, la obligación legal prevista pierde eficacia, dado que, en primer término, no existe una etapa definida legalmente en donde la Entidad y el oferente (futuro contratista) logren discutir los riesgos previsibles que se puedan presentar con ocasión de la actividad contractual, (debiendo la administración pública asumir esa labor de manera unilateral desde la elaboración de los estudios previos), y, en segundo lugar, como quiera que – como lo indica la praxis contractual observada - , la tipificación, estimación y asignación del riesgo, no resulta pertinente ni mucho menos indispensable en este tipo de contratos (repetimos, los de prestación de servicios profesionales), en tanto que la actividad a desarrollar deviene netamente del contratista, de su capacidad y desarrollo intelectual y por la naturaleza misma del contrato.

Ahora bien, para resolver el interrogante planteado creemos que es importante dividir el presente escrito en cinco capítulos que le permitan ilustrar al lector de manera deductiva los fundamentos de nuestra conclusión final. El primero de ellos, describirá el marco general de la teoría de los riesgos y del equilibrio económico del contrato Estatal, especialmente a partir de la Ley 80 de 1993, y en él se destacará la finalidad de la teoría del equilibrio económico-financiero en los contratos además se abordaremos la teoría del riesgo previsible e imprevisible.

El capítulo II titulado “Del Riesgo Previsible en la Contratación Estatal”, otorgaremos aquí la conceptualización y finalidad de los riesgos previsibles en los contratos estatales, así como su reglamentación, con lo que aspiramos destacar la

Contraloría General de la República. Bogotá, En: Boletín de prensa Auditoría General de la República. Agosto de 2010. Boletín de prensa 48. p. 1-2), los contratos de prestación de servicios profesionales ocupan un alto porcentaje de los celebrados dentro de las diferentes tipologías contractuales, evento que no puede pasar desapercibido, y que se torna conveniente entonces desarrollar con algún detalle el estudio de la pertinencia de la teoría de los riesgos previsibles que pueden afectar el equilibrio económico en los mencionados contratos.

³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Nacional 0734 (13, abril, 2012) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Cartagena de Indias, 2012, artículo 3.4.2.5.1.

importancia desde la perspectiva legal de la teoría del equilibrio económico-financiero y de los riesgos previsible en la contratación pública.

Por su parte, en el capítulo III, desarrollaremos esencialmente el contrato de prestación de servicios profesionales, para lo cual, abordaremos primero la definición del contrato estatal de manera general para posteriormente adentrarnos en las modalidades de selección del contratista en la contratación pública, para finalmente, centrarnos en una de ellas, - la contratación directa y sus causales -. A partir de esos elementos visualizaremos el desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, el que –repetimos -, incluido dentro de los contratos determinantes de la contratación directa, nos permitirá ahondar sus características particulares.

En el Capítulo IV se estudia la determinación y discusión de los riesgos previsible en los contratos estatales y su desarrollo legal frente a la teoría de los riesgos previsible en el contrato estatal y la determinación de éstos, para auscultar la operación de ese principio de igualdad frente al tema (discusión y distribución de los riesgos previsible), pero especialmente considerando las modalidades de selección, tales como la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y, claro, la contratación directa.

Finalmente el Capítulo V recogerá el análisis y crítica acerca de la necesidad o no, de la imperatividad de la asignación y distribución de los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales. Para desarrollar el ítem recordaremos por un lado, la finalidad de los riesgos previsible desde el punto de vista financiero y desde la contratación estatal, y, por otro lado, los resultados de la praxis contractual pública, tomados del estudio de campo realizado sobre la tipificación, estimación y distribución de los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales. Precisaremos las bases jurídicas y sociales que justifican y determinan la irrelevancia de la distribución de los riesgos en el

contrato objeto del presente estudio, que es en consecuencia la Tesis central del trabajo. No dejamos de lado para efectos de este proyecto de grado, la validación de los resultados obtenidos con anexos que correspondiendo a las entrevistas focalizadas realizadas a lo largo de la investigación, las que soportan en lo pragmático el intento de observar y formalizar la realidad jurídica.

Las conclusiones, acopian el análisis realizado por una parte desde lo conceptual, esto es, desde lo teórico, legal y doctrinal, y, por la otra, desde lo pragmático, arrojado en el trabajo de campo realizado a través de las entrevistas focalizadas desarrolladas.

Con lo expuesto, se ha pretendido, en suma, realizar un estudio exhaustivo y una crítica al nivel de la Maestría cursada, con respecto a los riesgos previsibles en la contratación y particularmente en los contratos de prestación de servicios profesionales, toda vez que hasta la fecha, y, quizás por lo aún novedoso del tema considero que no han tenido la importancia que merece, especialmente en el apartado de la contratación directa, derivada de la naturaleza de la prestación de servicios profesionales materia de los contratos. Ciertamente el análisis a la fecha creemos que se ha agotado a la verificación del cumplimiento simple del requisito que trae consigo la Ley 1150 de 2007, el Decreto 734 de 2012, e incluso con el hoy Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013, y el Manual que elaboró la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, con lo que se encuentra estimable nuestro Trabajo de grado, en la senda de orientar al administrador público y a los entes controladores de la contratación estatal, para la mejor interpretación y aplicación del derecho objetivo, interés de la autora. Esperamos que estas líneas sean de su agrado.

CAPÍTULO I

1. MARCO GENERAL DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1.1 TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO DEL CONTRATO EN LA LEY 80 DE 1993

La Ley 80 de 1993 en concordancia con el mandato constitucional a través de la contratación pública propende por el cumplimiento de los fines del Estado y uno de ellos radica en que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y tan es así que en la exposición de motivos de la mencionada ley se indicó que el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociada al cumplimiento del interés general, toda vez que el contrato público es uno de aquellos *“Instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”*⁴

En efecto, de la cita podemos observar que los contratistas también intervienen y hacen parte del fin enunciado, como los denominados *colaboradores de la*

⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993) “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1993

administración, quienes al igual que los servidores públicos se encuentran vinculados al cumplimiento de los fines del Estado. Veamos cómo es plasmada tal afirmación en la exposición de motivos del Estatuto General de Contratación Pública:

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 80 DE 1993: Con razón el numeral 2° del artículo 5°. Establece que los contratistas “Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contractual se cumpla y que éste sea de la mejor calidad.

Unida a esa finalidad, es clara la intención lucrativa que orienta la participación del particular y la cual tampoco puede ser desconocida ni afectada por el Estado.

Si bien el rol del particular cuando celebra un contrato estatal es el de colaborador, también es incuestionable su deseo de alcanzar una utilidad económica. Utilidad que debe preservarse y garantizarse en todo momento. Por eso, el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene el derecho a ser restablecido en su interés económico. Precisamente el cabal reconocimiento de esa posibilidad se ha denominado el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

Pues bien, el proyecto de ley recoge y consagra en forma expresa ese derecho fundamental e inviolable del contratista (artículo 5°, numeral 1°; artículo 27). No obstante, este último precepto garantiza el derecho a la intangibilidad de la ecuación contractual respecto de las partes, merece atención especial en lo tocante al contratista particular, quien tradicional y habitualmente se ha visto afectado por este tipo de situaciones”⁵

Por tanto, es claro que el colaborador de la administración no sólo gira su ejercicio en contribuir a materializar el fin de la administración sino que espera una retribución económica por los servicios prestados con ocasión del contrato

⁵ *Ibíd.*

celebrado. Lo anterior es respaldado por el Art. 27 de la Ley 80 de 1993 que consagra el equilibrio económico del contrato para garantizarle al contratista tal restablecimiento financiero. Así:

Artículo 27.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

Destáquese, que conforme al artículo en mención del Estatuto de Contratación de la Administración Pública no se hace distinción a la clase de contratistas a los cuales se les debe restablecer el equilibrio económico - financiero del contrato pues, concebir tal discriminación sería tanto como violar el principio de igualdad por ello, consagra la norma que aplica para todos los colaboradores de la administración pública sin importar las modalidades o causales de contratación por medio de las cuales sean contratados. Lo traído a colación resulta elemental, puesto que para la lectura y análisis de los posteriores capítulos en donde se abordará el desarrollo normativo sobre el tema se evidenciará que la disposición de la teoría de los riesgos ha tendido varias acepciones en cuanto a la obligación de determinar los riesgos previsibles y por ende, el restablecimiento del equilibrio

financiero del contrato el cual dependerá de la modalidad de selección del contratista.

En concordancia con lo anterior, y tal y como lo señala el autor en cita, tanto la jurisprudencia como la doctrina han coincidido en el respeto del reconocimiento del equilibrio económico del contrato, el que ha sido el desarrollo de la norma constitucional, al otorgarle al Estado el deber de ir en ayuda del contratista. Así:

“No podemos perder el norte que tiene la Ley 80 de 1993, y sus decretos reglamentarios a la fecha, la cual consistiría en la retribución al contratista por los servicios prestados y además del pago lo sería el reconocimiento de sumas de dinero al ver afectado su equilibrio económico en desarrollo de la ejecución del contrato. Ahora bien, La doctrina no es uniforme cuando se trata de fundamentar la razón de la salvaguardia de la ecuación económica. Unos la fundamentan en la inviolabilidad de la propiedad, otros en el bien común; para algunos la causa se encuentra en la igualdad ante las cargas públicas; en el equilibrio del patrimonio dañado por otros y en la equidad algunos más. Sin importar la tesis que se adopte, lo que resulta innegable es la uniformidad de la doctrina y también de la jurisprudencia en cuanto al respeto del equilibrio económico financiero. Entonces, constituye un gran avance la consagración legal expresa de este derecho.

(...)

Es aquí cuando debe volverse a los principios del derecho administrativo para recordar que el origen de la teoría del equilibrio económico en los contratos con el Estado no tiene su origen en la ley sino en la Constitución y que constituye un desarrollo del derecho a la igualdad ante las cargas públicas, el deber que tiene el Estado de proteger a las personas en su honra, vida y bienes, y en el derecho constitucional a la propiedad privada. Fue en desarrollo de estos principios que la jurisprudencia extranjera y nacional que se desarrolló la teoría del equilibrio económico del contrato

llegando a la conclusión de que cuando se presentaran circunstancias imprevistas ajenas al contratista que afectaran el desarrollo del contrato, debería salirse en ayuda del contratista pues de no hacerlo así, se generaría un sacrificio injustificado de su patrimonio en favor de la comunidad, con lo cual se rompería el principio de igualdad ante las cargas públicas”⁶.

En efecto, son varios los fundamentos sobre los que se edifica el reconocimiento del restablecimiento del equilibrio económico del contrato pero, sin importar cuál sea, lo cierto es que el ordenamiento positivo consagra la posibilidad que tiene el contratista para acudir a la administración pública contratante para solicitarlo. Así las cosas, las normas reglamentarias de la Ley 80 de 1993, han indicado la circunstancia mediante la cual el contratista puede basar la solicitud al reconocimiento del equilibrio económico una vez el contrato se encuentre celebrado y en el estado de ejecución; a saber, la teoría de la imprevisibilidad y la teoría de los riesgos previsibles, ésta última con la finalidad de que sean prevenidos y asignados antes de la ocurrencia del riesgo. Lo anterior es corroborado, incluso desde el año 1997, por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, observemos la referencia:

“En cuanto se refiere a los contratistas, la Ley 80 de 1993 les otorga concretamente el derecho de solicitar el restablecimiento del contrato que se haya alterado por cualquiera de estas dos hipótesis: hechos imprevistos no imputables a ellos o incumplimiento de la entidad estatal. Otras hipótesis que consagra la ley 80 de 1993 de restablecimiento de la ecuación inicial del contrato, consisten en los casos de interpretación y modificación unilaterales que desequilibren las prestaciones de las partes. La ley 80 de 1993 al hablar de situaciones imprevistas que afectan el equilibrio económico del contrato y de la

⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativo. Bogotá: Editorial Temis, 2009. p 485.

necesidad de restablecerlo por parte de la administración, consagró en realidad, en materia de contratos estatales, la teoría de la imprevisión. La ecuación contractual inicial se debe mantener durante la vigencia del contrato y si sobrevienen hechos imprevistos, no imputables a ninguna de las partes que la desequilibren de manera grave, la administración debe adoptar las medidas necesarias para restablecerla tales como el reconocimiento de gastos adicionales a la revisión de precios.

El mantenimiento de la ecuación contractual es virtud de la aplicación de la teoría de la imprevisión, que consagra como una de las dos hipótesis del inciso segundo del numeral 1º del artículo 5º de la ley 80 de 1993, se debe producir únicamente respecto de los contratos que por su naturaleza admitan la aplicación de dicha teoría. En otras palabras, en aquellos contratos en que, por sus mismas características no sea pertinente la teoría de la imprevisión, no es procedente entrar a aplicar el restablecimiento del equilibrio contractual, por falta de causa para tomar esta medida. Esto sucede en casos de contratos de ejecución instantánea y los contratos aleatorios, en los cuales la misma ley excluye la aplicación de la teoría de la imprevisión, como en efecto lo dispone el último inciso del artículo 868 del Código de Comercio. Los contratos aleatorios, por la contingencia que comportan, no presentan equivalencia de las obligaciones, de manera que no se da en ellos la figura del equilibrio de la ecuación contractual, concebida por la ley 80 de 1993 como “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”, según el caso.

Por ende, no se da tampoco en ellos la medida de restablecimiento de dicho equilibrio por aplicación de la teoría de la imprevisión, máxime cuando ésta se encuentra excluida por la ley mercantil respecto de este tipo de contratos”⁷.

⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Cesar Hoyos Salazar. Santafé de Bogotá, 14 de agosto de 1997. Radicación Número: 1011.

Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado en el año de 2008, al señalar que:

“Y en caso de que se presente una alteración, durante la ejecución del contrato, de las condiciones inicialmente pactadas, de conformidad con los Art. 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, se tiene el deber de restablecerlas, llevando al contratista a un punto de no pérdida si fue por situaciones imprevistas, es decir, reconociéndole los mayores gastos en que incurrió”⁸

Así las cosas, el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta, para el caso de las convocatorias públicas, o en el contrato cuando se lleva a cabo a través de la contratación directa.

Lo antes anotado, esto es, los casos en que se le impone o no la obligación al Estado a restablecer el equilibrio económico del contrato obedece a una evolución normativa que siguió el mandato constitucional con la finalidad de mejorar la normatividad legal que se encontraba vigente para la época, como lo consagrada el Decreto Ley 222 1983 e incluso desde mucho antes, tal y como lo sostiene el tratadista Libardo Rodríguez al señalar que:

“Durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, los contratos celebrados por la administración pública colombiana fueron regidos por el derecho privado, salvo en algunos aspectos puntuales, como la cláusula de caducidad introducida en el derecho colombiano a comienzos del siglo XX, aspectos a los cuales se aplicaban regulaciones especiales expresamente

⁸ COLOMBIA. Sentencia. Consejo de Estado. Noviembre 8 de 2008. C.P.: Ramiro Saavedra Bejarano. Exp.: 32966

consagradas por el legislador. En ese orden de ideas, hasta bien entrados el siglo XX, en Colombia no existían verdaderos contratos administrativos sino contratos de derecho privado de la administración con algunas normas de derecho público aplicable”⁹.

Como complemento de lo hasta ahora indicado y específicamente para efectos de determinar el contenido mismo del restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el evento en que éste se rompa, el punto para llegar a la armonía financiera se establece en tratándose de contratos Estatales en el momento en que se suscribe el contrato cuando éste es producto de un procedimiento de contratación directa pues, en tal período se acuerda el contenido de los derechos y obligaciones de las partes. Mientras que cuando el contrato Estatal deviene de un proceso de selección pública como a través de las modalidades de Licitación Pública, la Selección Abreviada, o el Concurso de Méritos tal punto para determinar el restablecimiento de equilibrio se sitúa en el momento en que tiene lugar el cierre de la Licitación o del Concurso, en la medida en que la oferta queda definida o es definitiva en tal instante y una vez aceptada por la Entidad Estatal, es decir, efectuada la respectiva adjudicación, será la base sobre la que se concreta el acuerdo de voluntades materia del contrato pese a que el reconocimiento sólo se puede realizar cuando el contrato se encuentre perfeccionado; teniendo en cuenta que los riesgos ocurren durante la ejecución del contrato y/o en palabras del articulado del Decreto 1510 de 2013 que pueden afectar el logro de los objetivos del proceso de contratación.

“El equilibrio financiero del contrato y pese a que no se encuentre incluido dentro de la relación que de tales principios hace expresamente el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1.993, es un principio de tales contratos en cuanto es regulador de la conducta de las partes dentro del marco de la ejecución del contrato, está implícito en tal regulación, es soporte

⁹ RODRÍGUEZ. Op. Cit. p 17.

*explicativo y justificativo de algunas soluciones jurídicas que aquél contiene, como son entre otras, las previstas en el numeral 1 del artículo 5 y en el numeral 8 del artículo 4 del mencionado Estatuto, razones éstas que justifican tal afirmación(...)*¹⁰

En conclusión, resulta evidente e incuestionable el derecho que tienen las partes que suscriben un contrato administrativo al mantenimiento de su equilibrio económico - financiero, esto es, al sostenimiento de la equivalencia de las prestaciones pactadas desde el inicio de la relación contractual. En palabras diferentes, se aplica a todos los eventos en que nazcan a la vida jurídica las relaciones contractuales administrativas de carácter conmutativo. En ese orden de ideas, es así como la figura del equilibrio financiero o ecuación económica del contrato consiste en la correlatividad económica que existe entre los derechos y obligaciones que las partes adquieren en razón a la celebración del mismo; razón, para afirmar que aquélla se ubica dentro del concepto jurídico del contrato oneroso conmutativo.

1.2 FINALIDAD DE LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO- FINANCIERO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

No en vano se consagró la teoría del equilibrio económico del contrato en la Ley 80 de 1993 pues, es conocido que durante la ejecución del desarrollo del objeto contractual suelen presentarse comúnmente riesgos (previsibles e imprevisibles) de distinta naturaleza que pueden llegar a afectar el equilibrio económico que las partes esperan recibir durante la ejecución del mismo, particularmente el contratista, que puede ver reflejada una disminución de las prestaciones pactadas. Razón por la cual, la ley, la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado del

¹⁰ COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Tercera. Magistrada Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. 16 de septiembre de 1.999, Santa Fe de Bogotá. Ref.: Proceso No. 96-D-12311. Actora: Sociedad Vías y Construcciones S.A. -VICON S.A.

principio de la equivalencia económica del contrato estatal como elemento que se integra al proceso contractual propiamente dicho.

Una finalidad del reconocimiento de la teoría del equilibrio financiero- económico del contrato en la legislación colombiana consiste en que el derecho positivo ve al contratista ya no como un simple colaborador del Estado, sino que lo reconoce y entiende que éste lo hace con la finalidad de obtener un beneficio económico, el cual innegablemente es reconocido.

“El contratista, al celebrar su contrato con la entidad estatal, busca obtener, en forma lícita y con el patrocinio del ordenamiento jurídico, un beneficio económico que se encuentra incluido en el precio, es decir, que dicha utilidad a la que tiene derecho el particular, forma parte de la remuneración que se encuentra obligada a pagar la entidad contratante”¹¹

Es precisamente por lo anterior que, durante el desarrollo contractual, mientras para la administración es de vital importancia la satisfacción del interés público y la continuidad en la prestación de los servicios, para el particular co-contratante resulta esencial la salvaguarda de su interés financiero”.¹²

Pero así como existe una finalidad para el contratista reflejada en obtener un beneficio económico, del mismo modo existe una para la administración pública contratante que atendiendo a los fines de la contratación consiste en evitar la paralización de la ejecución del contrato, el cual debe cumplirse dentro de los plazos y las condiciones pactadas en el mismo, tal afirmación es corroborada en la Tesis expuesta por la Dra. Cepeda Camacho, así:

¹¹ MARIENHOFF, Miguel S Ob. Cit. pág. 469 y siguientes. Citado por: CEPEDA CAMACHO, Zaida Liliana. Aproximaciones a la Noción de Equilibrio Económico Financiero del Contrato Estatal. Tesis para optar al título de Abogada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Facultad de Derecho, 1997. p. 138.

¹² CEPEDA CAMACHO, Zaida Liliana. Aproximaciones a la Noción de Equilibrio Económico Financiero del Contrato Estatal. Tesis para optar al título de Abogada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Facultad de Derecho, 1997. p. 139

“Por otra parte uno de los postulados fundamentales de la contratación estatal es evitar que el contrato fracase o no pueda cumplirse, y por esta razón, frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes o la ocurrencia de circunstancias imprevistas, el ordenamiento jurídico ha consagrado el imperativo del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, mediante el empleo de ciertos mecanismos contractuales que los contratantes deben aplicar a la luz de argumentaciones jurídicas elaboradas desde épocas pretéritas por la doctrina y la jurisprudencia”¹³

Lo anterior es afirmado en la sentencia del Consejo de Estado de septiembre 2 de 2004, Consejera Ponente María Helena Giraldo Gómez. Expediente: 14578, en la que se indicó:

“(…) Desde que surge a la vida jurídica el contrato, por la celebración, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado y el contratista, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio, que se traduce en la llamada ecuación financiera del contrato. Desde esa situación se marcan las bases de la regulación financiera del contrato, que por regla general lo guiarán durante su existencia y es por ello que las normas que regulan la contratación propugnan porque la ecuación financiera del contrato deba mantenerse para así proteger el resultado económico pretendido por las partes contratantes de haberse ejecutado el contrato en las condiciones originales (…)”.

¹³ HOLGUIN HOLGUIN, Carlos. El equilibrio contractual. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Pág. 116 y sig. Citado por: *Ibíd.*, p. 141.

En síntesis, se puede afirmar que el propósito de garantizar a las partes el principio del equilibrio económico-financiero del contrato gravita principalmente por un lado, el de mantener y proteger las utilidades o el beneficio económico que legítimamente espera obtener el colaborador de la administración desde un principio al desplegar sus esfuerzos con la normal ejecución del contrato de conformidad con las condiciones que tuvo en cuenta en el momento de su celebración; y por otro lado, consiste en que la Entidad Pública contratante pueda garantizar el adecuado y normal cumplimiento del desarrollo del objeto contractual en las condiciones pactadas, con miras a permitir que se realice en favor del interés público general que pretende satisfacer la administración.

1.3 TEORÍA GENERAL DEL RIESGO

La teoría del riesgo o también denominada por algunos doctrinantes como la responsabilidad sin culpa, en las ciencias jurídicas, surgió de una manera trascendental y revolucionaria puesto que logró relacionar lo indicado por el derecho positivo con lo expuesto por la jurisprudencia -por lo menos para la mayoría de naciones- y que encuentra su consolidación a finales del siglo XIX, veamos:

“El final del siglo XIX es la época propicia que brinda el ambiente para la formulación de la teoría. Los profundos cambios de la vida económica y social que se presentan por aquel tiempo dan lugar a un movimiento doctrinal considerable que contradice la teoría clásica de la responsabilidad, basada en la culpa (error de conducta) del responsable.”¹⁴

El autor hace alusión a la época de la revolución industrial en donde se desplaza el trabajo artesanal y se acude a las labores tecnificadas que desarrollan las maquinas, y es allí cuando ocurren los accidentes con ocasión al empleo de las

¹⁴ BORRERO RAMÍREZ Augusto. Teoría de las Obligaciones Tomo I. Medellín: Editorial Esparta, 2003, pág. 307

nuevas tecnologías y en donde se desconoce el responsable que ocasiona el daño (podría ser a quien hubiera inventado la máquina, a quien la ópera, al técnico, al empresario, etc.) donde la víctima tiene la imposibilidad de probar la culpa, la que termina constituyéndose en una noción vaga y abstracta al no poder ser probada; como consecuencia de ello nace la teoría del riesgo.

Veamos ahora los fundamentos de la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo en el derecho civil, en palabras de estos dos autores:

“Se trata de atribuir el riesgo a quien lo ha creado y no a la víctima, que se limitó a sufrirlo. Ante la imposibilidad de establecer el origen, o mejor, la autoría del perjuicio en el llamado accidente anónimo, la víctima quedaría sin indemnización

(...)

La teoría moderna del riesgo prescinde del elemento culpa. Dentro de esa teoría no procede ningún juicio de valor sobre el aspecto moral del demandado. Esto en razón a que se excluye la culpa como elemento estructural de la responsabilidad civil. Solamente se tiene en cuenta el perjuicio y la relación de causa y efecto entre la actividad del demandado y el perjuicio. Si existe esa relación hay responsabilidad. Se trata pues, de una responsabilidad objetiva, se responde por el resultado.”¹⁵

“Frente al criterio psicológico de la culpa, entonces, se alzó la teoría de responsabilidad objetiva o teoría del riesgo, una de sus vertientes que simplemente prescinde del problema de la imputabilidad subjetiva para establecer que la obligación indemnizatoria surge cuando se produce un daño y este se puede reconducir materialmente a un sujeto de derechos sin más consideraciones. Señala LUIS DIEZ PICAZO y ANTONIO GUILLON que influyen en el nacimiento de la teoría de la responsabilidad objetiva o

¹⁵ Ibíd. Pág. 311

teoría del riesgo múltiples causas: “Decadencia del individualismo y exaltación de lo social, extensión hasta límites insospechados a la industria, intensificación de las relaciones interpersonales. Son estas causas y otras concepciones sociales y económicas (auge del pensamiento socialista) las que llevan a formular la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad.

(..)

El fundamento de la teoría del riesgo se halla en diversas tendencias. Según la exposición clásica de los MAZEAUD sobre este tema, en primer lugar la teoría en cuestión encuentra su razón de ser en la afirmación que parte del supuesto de considerar que el problema de la responsabilidad civil es de patrimonios; con esta afirmación la consecuencia sale sin esfuerzo alguno, pues al suprimirse la persona se suprime la culpa. Otra consecuencia menos extrema se configura por el lado de la socialización del derecho, al afirmarse que el interés social es el que debe prevalecer y en consecuencia, la responsabilidad civil consiste en saber si el interés social exige reparación sin preguntarse cuál ha sido la conducta del agente. En nombre de la moral y de la equidad así mismo se fundamenta la teoría del riesgo, pues sus partidarios consideran que si la víctima ha sufrido un perjuicio atribuido a otra persona, en ninguna forma se justifica que si dicho agente no ha cometido culpa sea la víctima la que soporte todo el peso del daño”¹⁶.

De lo anotado, podemos exaltar que la teoría del riesgo en sus comienzos nació como la respuesta justa y equitativa del ordenamiento jurídico a situaciones particulares planteadas en aquella época (revolución industrial) al no poder la víctima materialmente probar la culpa, nace entonces, la responsabilidad objetiva como forma de poder indemnizar a las personas que sufrían un daño, teoría que

¹⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I, 2da edición. Bogotá: Legis Editores 2007, págs. 6-7

ha venido evolucionando pero que guarda el mismo fundamento, esto es, que el demandante no debe probar la culpa.

1.4 TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LA LEY 1150 DE 2007

Una vez expuesto el tema del principio del equilibrio económico-financiero en el contrato y los antecedentes de la teoría general del riesgo pasaremos ahora a estudiar una de las formas por medio de la cual se le permite a la administración pública tomar las medidas preventivas y necesarias a fin de minimizar los costos en que pueda incurrir a consecuencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato, esto es, la teoría de los riesgos en el negocio jurídico, teoría que fue contemplada en la Ley 1150 del 16 de julio de 2007.

Por cierto, la mencionada ley trajo consigo un aspecto novedoso en relación con uno de los mecanismos que le permite a la administración pública contratante adoptar las medidas necesarias para prevenir los desequilibrios económicos entre las partes, y especialmente por parte del contratista, esto es, hacemos referencia a la teoría del riesgo previsible. Destáquese por ejemplo, que anteriormente el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 consagraba como uno de los fines de la contratación estatal *“la obtención de utilidades”* por parte del contratista y *agregaba “cuya protección garantiza el Estado”,* (Derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007) mandato con el cual el contratista acudía ante la administración para obtener ese reconocimiento. Sin embargo, posteriormente se aclaró que la ecuación económica del contrato permite que el contratista obtenga el valor presente de la prestación ejecutada pero no puede interpretarse como la herramienta para evitar pérdidas del contratista o para reconocerle utilidades no percibidas.

La Ley 1150 de 2007 fue mucho más explícita frente al tema del reconocimiento del equilibrio económico- financiero del contrato, al señalar lo siguiente:

“Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

Por ahora se indicará que el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, impone a las entidades estatales revisar previamente, y en conjunto con los proponentes, la asignación y distribución de los riesgos del contrato, entendidos éstos técnicamente como *“La probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten el proyecto. En este sentido, es necesario a) reconocer que los riesgos siempre han existido, existen y existirán, b) los riesgos no se pueden prever con total certidumbre, pero se pueden mitigar, c) manejar el riesgo es un negocio; esto quiere decir, requiere negociación, acuerdo entre las partes, previsión; y d) la ocurrencia de cualquier riesgo afecta a las partes”*¹⁷

En tal sentido, existen múltiples definiciones adoptadas en la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto de la teoría de los riesgos en materia contractual administrativa, y para no ir muy lejos y apartándonos un poco de la doctrina citaremos la definición contenida en el diccionario académico, que los define como *“Una contingencia: es la probabilidad o posibilidad de que una cosa suceda o no”*. Otra ilustración de común usanza la trae el siguiente autor al indicar que:

¹⁷ INOCENCIO MELÉNDEZ, Julio. La responsabilidad Contractual en el Derecho Público de los Contratos Estatales. Tomo I Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009. p. 556.

“El riesgo relevante para el análisis económico del contrato, es aquel en el cual, si el evento ocurre, se ocasiona una pérdida que es equivalente a la diferencia entre el resultado obtenido y el resultado esperado. El tamaño del riesgo que se busca valorar con el fin de diversificarlo, mitigarlo o transferirlo es igual al producto e la probabilidad de que ocurra la pérdida por la magnitud de la pérdida si ésta ocurre.

Entonces, el monto de la pérdida definido de esta última forma es equivalente a lo que las leyes de contratación pública se conoce como la pérdida del equilibrio económico, es decir, la pérdida que resulta de la diferencia en los resultados económicos esperados del contrato sin materialización del evento de riesgo y los que realmente se obtuvieron cuando el riesgo se materializó”¹⁸

En sentido similar, desde el punto de vista financiero tenemos que:

“El riesgo se entiende como la dispersión de resultados inesperados debido a movimientos en variables financieras”¹⁹.

Por lo anterior, es importante que la administración pública y el contratista definan previamente y de manera clara las variables y el impacto de la ecuación del equilibrio del contrato pues, es preciso recordar que no todos los riesgos son relevantes, sólo nos interesa los que se puedan tipificar previamente y que puedan afectar el equilibrio económico del contrato para las partes. Aspecto este que será analizado más adelante al definir los riesgos previsible y los imprevisibles.

1.4.1 RIESGO PREVISIBLE E IMPREVISIBLE

¹⁸ DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Comp. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 2010. p. 231.

¹⁹ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, BENAVIDES, José Luis, (compiladores). Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 456.-513P

Resulta trascendente identificar conceptualmente el riesgo previsible del denominado imprevisible, toda vez que la Ley 1150 de 2007 establece que en materia contractual se deben tipificar, cuantificar y asignar sólo los riesgos **previsibles**, por lo que la estimación anticipada de las contingencias deben ser asignadas contractualmente por las partes; así las cosas, se plasmará en seguidas líneas lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia sobre estas dos nociones. En ese orden de ideas, se abordará primero, la concepción del riesgo imprevisible para después adentrarnos en los riesgos previsibles en el contrato estatal.

1.4.1.1 Teoría de la imprevisión: En materia contractual existen diversas circunstancias que producen inestabilidad económica, originadas por terceros, las que se pueden traducir en un incremento anormal de los costos inicialmente pactados en el contrato; por ello, la jurisprudencia -en un inicio la francesa- a la par de los nuevos acontecimientos presentados durante la ejecución del contrato, e incluso desde antes de que fuera regulado en el derecho positivo y con el fin de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato y el consecuente derecho que le asiste a la parte contractual afectada por el cambio abordó la teoría de la imprevisión a efectos de lograr la equivalencia entre los derechos y obligaciones inicialmente pactadas en el contrato. Y es así como la doctrina la ha definido de la siguiente manera, a saber:

“El carácter inmutable de las obligaciones adquiridas en el contrato, salvo la modificación de las mismas por mutuo acuerdo, fue cediendo poco a poco con el trabajo de la jurisprudencia de los jueces administrativos y con la orientación doctrinal de los estudiosos del tema. Para defender el derecho al equilibrio económico del contrato, antes de la aceptación positiva en la legislación, se invocaron las teorías que soportan los imprevistos en el cumplimiento de las obligaciones de las partes, a saber, la fuerza mayor, las sujeciones materiales imprevistas, la teoría de la imprevisión, el hecho del príncipe, que operan por la

*ocurrencia de hechos imprevisibles sobrevinientes en la ejecución del contrato, dando lugar al reconocimiento económico en unos casos y hasta la terminación en otros*²⁰

“(…) Consiste en qué circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sobrevinientes al momento del nacimiento de la relación contractual, afectan gravemente la economía del contrato, que no impiden su ejecución pero que obliga al contratante que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida para él.

Inicialmente, la teoría de la imprevisión fue desconocida en las relaciones del derecho privado, por considerar la inmutabilidad de las obligaciones del contrato por la voluntad de una sola de las partes, sometidos al principio del pacta sunt servanda que obliga al mantenimiento sagrado de la palabra en la obligación asumida, fundamento de la buena fe romana.

*Podría decirse que su aceptación fue obra de la jurisprudencia, de origen pretorial de los jueces administrativos. Como expresan los profesores franceses JACQUES GHESTIN –MARC BILLIAU, en su extraordinaria obra “El precio en los contratos de larga duración” donde se analiza históricamente el surgimiento de la imprevisión, su aceptación y aplicación, la jurisprudencia de la Corte no la admitió y su aceptación por el Consejo de Estado francés abrió las puertas a la teoría; sin embargo, expresan estos autores, con la decisión se invitó a las partes a hacer el reconocimiento y no se intervino en la modificación de las obligaciones entre ellos*²¹

Pues bien, de lo indicado se extrae que quienes abren las puertas a la mutabilidad del contrato es la jurisprudencia, quien consciente de los cambios que puede sufrir este en su ejecución permite que las partes puedan superar sus imprevistos con el propósito de que la ejecución contractual pueda ser llevada a feliz término y que se alcancen las expectativas iniciales previstas, análisis que en un principio fue aplicado exclusivamente al derecho privado y que después se

²⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las Entidades Estatales. 6 ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R, 2010. p. 519.

²¹ *Ibíd.*, p. 524-525.

extendió al público, materializándose con el reconocimiento del equilibrio económico y más específicamente con la asignación y distribución de los riesgos, lo que permitió dar un margen de movilidad al contrato, mitigando el impacto negativo para el contratista. A su turno, el siguiente autor expresa que:

“En ocasiones durante la ejecución del contrato, es decir, con posterioridad a su celebración, ocurren hechos o situaciones anormales, imprevista y extrañas a los co-contratantes, que alteran las condiciones de cumplimiento que se tuvieron en cuenta al momento de pactar las prestaciones debidas, haciendo mucho más grave y onerosa –que no imposible-, para alguna de las partes, la ejecución correcta del contrato. En estas situaciones se rompe la equivalencia material entre los derechos y obligaciones, es decir, se rompe el equilibrio económico del contrato administrativo. El acaecimiento de una situación de estas características, así como el consecuente derecho de la parte contractual afectada a que se restablezcan las condiciones que se tuvieron en cuenta para pactar las prestaciones debidas, han dado lugar a la denominada por la doctrina “Teoría de la imprevisión”²²

Finalmente, y para no ser muy extensos en las citas, ya que existe un sin número de definiciones con respecto a la teoría de la imprevisión en la tesis de grado traída a colación la autora CEPEDA CAMACHO recopila varios autores que indican con precisión el concepto del alea económico o teoría del riesgo imprevisible y la diferencia que existe entre el riesgo previsible e imprevisible y sus consecuencias en materia contractual, y el fundamento por el cual es aceptado en el derecho administrativo, el cual se cimienta por un lado, en el interés particular del contratista y por otro lado, encontramos el interés público que mueve a la administración a contratar, lo que le da plena vigencia de la teoría de la imprevisión y del derecho del particular a ser indemnizado. Veamos lo recopilado por la escritora, así:

²² RODRÍGUEZ. Op Cit. p. 96.

“El equilibrio económico financiero del contrato estatal también puede resultar alterado por causas ajenas a la voluntad tanto del contratista como de la entidad contratante. Esto es lo que doctrinariamente se ha denominado “alea económico” por oposición al “alea administrativo” a la que se hace referencia el estudiado hecho del príncipe.

Este alea económico es el elemento constitutivo de la llamada “teoría de la imprevisión”, “del riesgo imprevisible”, o “de la lesión sobreviniente” que no es otra cosa que el instrumento jurídico empleado cuando de circunstancias de carácter económico, extra ordinarias, transitorias, imprevistas, ajenas a la voluntad de los contratantes y sobrevinientes alteran la ecuación económica financiera de un contrato estatal pre existente en perjuicio del contratista, para que éste pueda pretender un reconocimiento pecuniario de la administración contratante con el fin de compensar el menoscabo patrimonial que tal situación le genera y lograr, de este modo, que el Estado concurra a la búsqueda de los mecanismos que le permita continuar con el cumplimiento del contrato hasta su conclusión.

(...)

La aplicación de la teoría de la imprevisión de los contratos administrativos es de origen jurisprudencial, y su mérito se reconoce al Consejo de Estado francés que le dio recibo en su famoso fallo proferido en 1926 en el asunto de la compañía de gas de Burdeos.

Desde entonces, la teoría de la imprevisión en materia de contratos estatales ha sido tema obligado en la labor jurisprudencial, que con algunos aportes legislativos han venido complementando el contenido de este instituto.²³

*“(...) En efecto, para algunos dicho fundamento radica en la propia voluntad de los contratantes, partiendo de la originaria común intención de las partes, pero otorgándole los más diversos sentidos: La cláusula *rebus sic stantibus*, teoría de la presuposición, teoría de la base del negocio jurídico, teoría de*

²³ MARIENHOFF, Miguel S. p. 469 y siguientes. Citado por: CEPEDA CAMACHO. Op. Cit. p. 209-211

la finalidad del negocio jurídico, teoría de la causa, etc. Otros opinan que el fundamento es de carácter objetivo y acuden, para ello, a las nociones de equilibrio prestaciones, lesión sobreviniente, etc. Y unos cuantos ubican el fundamento de aplicación de la teoría de la imprevisión en principios generales del derecho tales como la equidad²⁴ la buena fe, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, etc. En verdad, todas esas tesis resultan válidamente formuladas en cuanto al derecho privado en el que no es posible desatender el principio de la igualdad de las partes contratantes y el enfrentamiento de intereses particulares de la misma naturaleza, y donde, pese a la consagración legal de la teoría de la imprevisión, esta resulta de difícil aplicación.

Así las cosas, en el derecho administrativo no se requiere acudir a tales argumentaciones para justificar la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, ya que en los contratos estatales el interés particular del contratista con el interés público que mueve a la administración a contratar, de donde se puede afirmar con certeza que es, precisamente, ese interés público el que fundamente la plena vigencia de la teoría de la imprevisión y del derecho del particular a ser indemnizado²⁵, que viene a complementarse con el principio constitucional de la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas.

Por otra parte, la doctrina y jurisprudencia coincide en señalar algunos requisitos que deben coexistir para que el contratista pueda acudir a reclamar indemnización en su favor en aplicación de la teoría de la imprevisión. (Consejo de Estado Sección tercera, sentencia del 19 de junio de 1996, consejero ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente 4868)²⁶

²⁴ JEZE, Gaston, Op. Cit. Citado por: *Ibíd.*, p. 212.

²⁵ MARIENHOFF Op. Cit. Pág. 469. En: *Ibíd.*, p. 213.

²⁶ CEPEDA CAMACHO. Op Cit. p. 209-213.

Dicho esto, las situaciones exógenas que se presenten con posterioridad a la celebración del contrato, que no pudieron preverse por las partes contratantes desde el inicio de la relación contractual y que afecten la equivalencia de las prestaciones económicas de las partes, no es una situación que quede en un limbo jurídico, ya que en un principio la jurisprudencia y ahora el estatuto de contratación al igual que sus decretos reglamentarios señalan que es preciso que el contrato continúe con su curso normal y que por lo tanto se cumplan en las condiciones inicialmente contempladas en las obligaciones es necesario que a la parte afectada se le reconozca el derecho al restablecimiento económico que tuvo que soportar por la pérdida causada.

Doctrinariamente se ha entendido que los riesgos derivados de la imprevisión son a saber: La fuerza mayor, sujeciones materiales, y el hecho del príncipe, definidos de la siguiente manera:

***“La fuerza mayor.** Aquel hecho ajeno a las partes, sobreviniente a la ejecución del contrato, y que éstas no estaban en posibilidad de prever su ocurrencia, es decir, aquel hecho imprevisible, que debe además reunir la característica de irresistible, en cuya ocurrencia no ha influido la voluntad de quien lo sufre y que impide la ejecución del contrato. Estos hechos constitutivos de fuerza mayor son externos a quien los sufre, provienen generalmente de hechos de la naturaleza, pero nada impide que también se puedan originar en la conducta del hombre.*

***Sujeciones materiales.** Éstas no impiden la ejecución del contrato, pero hacen que ella sea más gravosa para el contratista, afectando sensiblemente la economía del contrato. Son aquellas condiciones geológicas diferentes, de mayor dificultad, que se encuentra el contratista al momento de ejecutar la obra, como el cambio en la consistencia del terreno*

donde se ejecutan los trabajos por la presencia de aguas subterráneas de difícil manejo no previstas.

Hecho del príncipe. *Corresponden a las decisiones de la autoridad que afectan el contrato, desequilibrando su económica. Se da cuando la entidad contratante adopta decisiones como autoridad encargada de manejar el orden público, no como entidad contratante, las cuales afectan al contratista en la ejecución del contrato, haciendo más gravosa la obligación a su cargo. Se insiste en que se trata de decisiones no como parte del contrato, sino de decisiones como autoridad pública. Es el típico caso de las disposiciones que crean un impuesto nuevo que grava el contrato.*²⁷

Las circunstancias descritas encuadran dentro de los fenómenos de la imprevisión las que se originan sin que medie la voluntad de las partes que intervienen en el contrato y que afectan la actividad económica de las mismas, especialmente la del contratista. Ahora bien, el fin de evitar el impacto de los sobrecostos que pudieran ocasionarse por presentarse los riesgos derivados de la imprevisión, las entidades públicas tienen la obligación legal de restablecer el equilibrio económico del contratista en el evento de que éste se vea afectado por tales circunstancias. Para identificar la teoría de la imprevisión en los contratos estatales el Dr. Palacio Hincapié enumera cuatro presupuestos de ella, así:

“1. Que se trate de la ocurrencia de un hecho excepcional y futuro en relación con el momento de la concreción de la relación contractual y que las partes razonablemente no pudieron preverlo.

2. Que se trate de un hecho que afecte gravemente la economía del contrato y que no se haya podido prever por las partes al momento de la celebración del

²⁷ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Reflexiones de Derecho Administrativo para un Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 9-10.

contrato. No puede ser la simple ausencia del beneficio que pretendió el contratista o una pérdida que está dentro del alea normal del contrato.

3. Que los hechos que motivaron la imprevisión sean ajenos a la voluntad del co contratante y que además hubiera hecho lo posible para evitarlos.

4. Que el fenómeno anormal y excepcional que afecta el contrato, sea temporal, pues de lo contrario se estaría frente a un caso de fuerza mayor que habilitaría al contratista para solicitar la terminación.²⁸

En conclusión, la teoría de la imprevisión o también denominada *teoría del riesgo imprevisible o sobreviniente*, según se ha visto, hace referencia a los hechos que son de difícil determinación por las partes al momento de la celebración del contrato, esto es, se constituyen en el alea del negocio jurídico, el que debe tener un impacto económico que sea de carácter temporal y que de presentarse por causas ajenas a las partes la Entidad debe garantizar el equilibrio económico-financiero del contrato a la parte afectada; en consecuencia, en el evento de que en la ejecución del contrato se presente alguna situación o hecho que pueda afectar el equilibrio económico (moderado) del contrato entre las partes, la Entidad debe hacer un esfuerzo adicional e indemnizar al contratista al restableciendo el equilibrio económico y continuar con la prestación del servicio contratado.

Lo anterior, significa que resulta importante para la Entidad contratante determinar los riesgos previsibles al momento de elaborar los estudios previos para que éstos puedan ser tipificados y asignados a las partes en el evento de que se presenten; a efectos de que la administración cuente con las herramientas para poder mitigarlos durante la ejecución del contrato.

1.4.1.2 Teoría de los riesgos previsibles: Teniendo en cuenta que el derecho ha sido catalogado como una ciencia incierta y más exactamente cuando se encuentra frente a temas contractuales, en el sentido de que nos podemos

²⁸ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades Estatales. Op Cit. p. 429-431.

enfrentar a un sin número de posibilidades en el evento de hallarnos frente a un problema jurídico planteado. Tan es así que en el desarrollo del contrato existe un hecho futuro es que incierto por ejemplo: *Puede ocurrir o no ocurrir, el deudor puede cumplir o no cumplir, ser oportuno o no, etc.*

Pese a lo anterior, lo que se espera tanto de la Entidad pública contratante como del contratista es que las obligaciones pactadas sean cumplidas en los plazos y condiciones establecidas en el contrato, lo que significaría además que puedan estar dispuestos a afrontar hechos o situaciones no esperadas y que las adversidades puedan ser superadas y por supuesto asumidas. Sin embargo, ello sólo ocurre cuando se ha tenido la respectiva pericia desde el inicio para poder determinar los riesgos (ligada al principio de planeación) y para dar cumplimiento a lo anterior en la legislación se ha contemplado la teoría de los riesgos previsibles, definidos por el abogado Meléndez de la siguiente manera:

“Son aquellos en que por su naturaleza, contenido, alcance y frecuencia con los que ocurren existen frente a ellos evidencia de ocurrencia, dada la experiencia en el asunto. Previsible por la probabilidad alta de ocurrencia común porque son hechos reiterados en contratos de la misma tipología ordinarios porque es posible establecer su causa, efecto y es posible cuantificarlos, algunos de manera previa a su ocurrencia y otros con posterioridad.

Estos tipos de riesgos se pueden identificar en la estructura del contrato, y es lo que conocemos como tipificación, es decir, riesgos directos, indirectos técnicos, etc. Igualmente se pueden distribuir entre contratante y contratista y se hace a través de los que conocemos como asignación de riesgo de manera exclusiva o compartida, teniendo en cuenta la parte que las puede controlar.”²⁹

²⁹ INOCENCIO. Op Cit. p. 569.

El siguiente autor expone en la misma línea del anterior doctrinante y de manera más precisa la teoría del riesgo previsible, así.

“No obstante la técnica de los riesgos contractuales no se identifica con la teoría de la imprevisión, porque su objetivo es, justamente, reducir la amplitud de esta última a su mínima expresión. En efecto, mediante la gestión de los riesgos contractuales, las partes buscan identificar todas las situaciones imaginables que puedan afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobre costos de las prestaciones originales, para determinar luego cuál de las partes deberá soportar las consecuencias. Las partes preveen, entonces, la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos generará la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte indemnización alguna”³⁰.

Por consiguiente, las partes antes de la celebración del contrato razonablemente deben prever la ocurrencia del acontecimiento que puede dar origen al desequilibrio económico en la relación contractual, lo que es consecuencia de los avances que se logren en el tema, las circunstancias anteriormente conocidas y la calidad de las personas que se encuentran frente al posible hecho. Lo anterior tiene relación con lo expuesto en el documento del Consejo Nacional de Política Económica Social -CONPES 3714 de 2011, el cual establece una serie de lineamientos en el marco de los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sobre el concepto de “Riesgo

³⁰ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, BENAVIDES, José Luís, (compiladores). Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 459.

previsible”. En el mencionado escrito, se resalta que la Ley 1150 de 2007, contiene tres aspectos especiales para el manejo de los riesgos previsible a saber:

“(i) La necesidad que las entidades realicen un adecuado ejercicio de planeación, estableciendo los riesgos previsible. (ii) Que el mencionado ejercicio de estimación de riesgos sea compartido, valorado y complementado por los particulares y (iii) Que la estimación anticipada de las contingencias sean asignadas contractualmente.

En este documento Conpes, se clarifica el concepto de riesgo previsible y se enuncian los criterios para su tipificación, estimación y asignación. En las recomendaciones se encuentran entre otras, las siguientes: Solicitar a las entidades estatales a que en sus procesos de selección adopten los lineamientos de política sobre riesgo previsible y los implementen; así como, que se realice la conceptualización general del manejo de los riesgos previsible por medio de la adopción de una matriz modelo de manejo de los riesgos”³¹

En efecto, el documento en cita conmina a las partes contratantes a realizar un ejercicio juicioso de planeación en lo que respecta a los riesgos que se pueden prever con anterioridad a la ocurrencia de estos. Por su parte, los Documentos CONPES 3186, 3249 y 3760 3249, hacen referencia a los criterios de tipificación y asignación del riesgo, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, con el propósito de conseguir determinar cuándo se encuentra frente a un hecho probable y a uno de difícil ocurrencia, un modo de poder diferenciarlos consiste en la pericia de las partes en determinarlo, esto es, del análisis sensato

³¹ COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. -CONPES 3714(01, diciembre, 2011) Riesgo Previsible en Contratación Pública. (Artículo tomado de Internet) en: www.dnp.gov.co

que se pueda realizar en materia técnica y de las reglas de la experiencia vividas en ellos, tal y como lo señala el siguiente doctrinante. Veamos:

“Y tales eventos inciertos – riesgos- que lógicamente generan situaciones que no van con lo esperado, tiene la potencialidad de afectar una relación contractual y hasta ¿Qué punto se puede presagiar sobre el valor de ellas y quién debe soportar los efectos negativos de estos embates de la vida social o de la naturaleza? He aquí, el quid del asunto, tener los riesgos no como presagios o augurios, sino como pronósticos serios basados en la ciencia, en el conocimiento, en la experiencia, y en la agudeza de las partes contractuales.

La posibilidad de previsión no forma parte de la definición de riesgo; por lo tanto un riesgo puede ser previsible o imprevisible; previsto o no previsto. El que sea previsto o no previsto es tan solo un problema a la hora de tipificarlo: es decir, frente a los hechos futuros, una contingencia o se previó o no se previó.

El que sea imprevisible o no, sí es circunstancia que depende de la competencia de la entidad estatal y del contratista, entendiendo por competencia las dotes de conocimiento, experiencia, agudeza y hasta intuición. Por lo tanto debemos decir que es previsible todo riesgo que de acuerdo con las reglas de la ciencia, con las experiencias y con los sucesos históricos es susceptible de ocurrir dadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se ejecutara un contrato.

(...)

De lo imprevisible queda poco en un mundo cobijado y a veces azotado por el caudal continuo de información; así las cosas es posible prever casi todo evento realizable, máxime cuando la mayor parte de riesgos han sido objeto de definición y análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional al estudiar la temática propia de la teoría del equilibrio financiero del contrato.”³²

³² BECERRA SALAZAR, Álvaro Darío. Los riesgos en la Contratación Estatal. Bogotá: Leyer, 2008. p. 17-18.

Así las cosas, lo probable e improbable dependerá de la experticia del funcionario de la administración pública y del contratista o proponente cuando analicen los aspectos, hechos y situaciones que puedan generar una ruptura del equilibrio económico -financiero durante la ejecución del contrato, labor en donde la carga de la balanza se inclina hacia la Entidad Estatal contratante quien se encuentra en el deber de tipificar y asignar todos los riesgos posibles que se puedan ejecutar y configurar en desarrollo del contrato, lo que dejaría a la teoría del riesgo previsible como una obligación de cuidado que le corresponde la administración pública en un principio pero, que posteriormente en conjunto con los proponentes y contratistas deben ser discutidos y asignados. En efecto, lo probable e improbable dependerá del conocimiento que se tenga frente al tema en la ejecución del contrato.

En palabras diferentes, y en relación con lo expuesto los riesgos previsible serán identificados dependiendo de la experiencia que se tenga en el asunto, que son de alta probabilidad de ocurrencia y que pueden ser tipificados, estimados y asignados, indicando la norma que son discutidos durante la audiencia de asignación de los riesgos cuando se trate de convocatorias públicas (licitación pública).

1.5 TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

Retomando, se tiene que los riesgos previsible deben ser cuantificables y calificables, los que son incorporados en los estudios previos, constituyéndose en el soporte del proyecto de pliego de condiciones para las modalidades de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos y de la invitación pública para el caso de la mínima cuantía y por supuesto para el contrato cuando se trata de la modalidad de selección del contratista a través de la contratación directa.

Así las cosas, la administración pública debe estar en capacidad de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato, o en su defecto indicar por qué no existen riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico durante el desarrollo del contrato, situación que se mantiene con el Decreto Nacional 1510 de 2013.

La anterior tarea dependerá del bien o servicio que requiera la entidad contratante adquirir, puesto que para el caso de obra pública existe un sin número de material que le permite orientar la tipificación y estimación de éstos; sin embargo, en la contratación directa ni la doctrina ni la jurisprudencia colombiana se han pronunciado de manera detallada frente al tema al ser excepcional su situación.

Ahora bien, y pese a los cambios normativos sufridos en los últimos años, podríamos decir que el sentido de la normatividad no ha cambiado, porque lo que sigue buscando tanto la administración pública como el contratista consiste en tener nitidez en las obligaciones y derechos que adquieren al momento de celebrar el contrato y paralelamente reducir las reclamaciones. Observemos:

“Que desde el inicio mismo de los procesos de selección y del planteamiento del negocio que se trate, las partes expongan clara y lealmente sus posiciones, minimizando con ello, en la medida de lo posible, que se presenten futuras confrontaciones o conflictos o reclamaciones, producto del silencio o falta de nitidez en un aspecto tan determinante como el de los riesgos, que entre otras cosas es factor que incluye radicalmente en el precio [...lo cual] implicará muy seguramente un gran esfuerzo no sólo de quienes elaboran y estructuran los pliegos de condiciones o sus equivalentes, sino de los propios oferentes, quienes requerirán también un claro compromiso para clarificar lo que puede ser calificado como riesgo previsible”³³

³³ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato. En V Jornadas de contratación estatal. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. p. 17.

Con lo cual, “La revisión y ajuste definitivo de la repartición de los riesgos previsibles se hace de manera conjunta entre la entidad contratante y los proponentes, durante el proceso de selección de manera previa al cierre. [Pretendiendo] que el colaborador de la administración acuda en su ayuda desde la concepción misma del negocio, pero, además, que ante la existencia de pliegos débiles, el contratista no guarde silencio con el propósito de efectuar reclamaciones posteriores. Así, se espera que la reforma arroje como resultado el que el juez del contrato entienda que la carga de diligencia que pesa sobre el contratista como profesional que es de la actividad, lo obligue a advertir los riesgos que resultaban previsibles”³⁴

Pues bien, ya se ha observado cómo desde el principio de planeación –etapa pre contractual- y atendiendo a éste, es importante que las partes desde un inicio discutan la tipificación, estimación y asignen los riesgos previsibles con el fin de evitar sorpresas durante la ejecución del contrato y por ende, tener las reglas claras. Tras lo indicado se abordará ahora la definición de: Tipificación, estimación y asignación de los riesgos, para lo cual traeremos a colación al siguiente autor, quien los define así:

“Las conductas de estimar, tipificar y asignar que señala la norma, se predicen de la expresión Riesgo, esto es, predicen de posibilidades, de eventualidades, de hechos o circunstancias de realización incierta, de sucesos que pueden o no presentarse en el futuro.

Tratar sobre los riesgos antes de su presencia, implica de suyo una labor fundamentada en reglas de la experiencia y de la lógica, una labor intelectual de anticipación a los hechos, la cual no solo implica el pensar en los eventuales

³⁴ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. La nueva Contratación Pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios Bogotá: Legis, 2009. p. 58. En COLOMBIA. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. -CONPES 3714. Op Cit. pág. 9.

sucesos dañosos, sino además en concretarlos con fundamento en tres actividades:

- *Tipificarlos: Es decir, describir las diversas situaciones que, se piensa, constituyen el riesgo; en otras palabras señalar los hechos de la humanidad o de la naturaleza que en un futuro pueden ocasionar daño para la estructura económica del contrato.*
- *Estimarlos: Es decir determinar un valor para los riesgos que se han tipificado*
- *Asignarlos: Una vez descrito y valorado el riesgo, se debe proceder a señalar a la parte contractual que debe afrontar, superar y financiar los efectos de la ocurrencia de la eventualidad³⁵*

En palabras diferentes, la tipificación de los riesgos consiste en la enunciación de aquellos que según criterio de la entidad contratante ha bien considera pueden presentarse en desarrollo del contrato y que generarían un desequilibrio económico, los que son plasmados por la entidad pública desde los estudios previos o en el proyecto de pliego de condiciones, según sea el caso. Por su parte, la estimación del riesgo consiste en su valoración, en términos monetarios o porcentuales respecto del valor inicial del contrato, conforme con la tipificación que se ha establecido. Y finalmente, la asignación del riesgo es el señalamiento que hace la entidad contratante respecto de la parte contractual que deberá soportarlo total o parcialmente, la cual es discutida junto con los oferentes o contratista posteriormente. Podríamos decir que la asignación del riesgo se constituye en un problema de justificación en atención a las condiciones técnicas y comerciales de la parte contractual que lo asumirá.

Luego entonces, se estableció como medida para el fortalecimiento de la contratación y con el fin de dar claridad a las reglas de participación en las

³⁵ BECERRA SALAZAR,. Op Cit. p. 25.

convocatorias públicas y de generar el menor número de dudas posibles; contemplando la oportunidad en que los proponentes junto con los funcionarios de la administración discutieran los riesgos previsibles para que generarán las provisiones necesarias con el fin de mitigar los riesgos que se puedan ocasionar en desarrollo del contrato.

Lo anterior permite contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado puesto que las partes contratantes conocerán de antemano los riesgos que afectarían el contrato y lo más importante se le asignara a la parte que puede controlarlos de la mejor manera y logrará la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos. La determinación de los riesgos antes de dar inicio al contrato también busca la definición de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes contratantes frente a la posible ocurrencia de ellos y por supuesto el restablecimiento de las condiciones iniciales. Lo cierto es que, con las reglas claras desde el principio en materia de riesgos previsibles, se logran reducir las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos.

CAPÍTULO II

2. DEL RIESGO PREVISIBLE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.1 FINALIDAD DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS ESTATALES

En palabras sencillas indicaremos que la teoría del riesgo previsible surge con ocasión a la necesidad que tiene la administración pública en contar con las herramientas suficientes para poder mitigar los riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato, los cuales deben ser identificables con antelación a la ocurrencia de ellos. Lo anterior obedece a que el Estado, en cumplimiento del pacto contractual y del mandato legal conforme lo establece el Estatuto de Contratación Pública de 1993 debe proceder a equilibrar económicamente el contrato y como consecuencia de lo anterior le corresponde analizar desde antemano la repartición de las cargas públicas, señalando y asignando la distribución de los riesgos de acuerdo con la capacidad con que cuente cada una de las partes contratantes para *gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo*.

Pues bien, veamos los fundamentos jurídicos que soportan la teoría del riesgo. El numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 sobre los derechos y deberes de las Entidades Estatales indica que: “(...) 8. *Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (...)*”. Por su parte, el numeral 1º del artículo 5º ibídem de los derechos y deberes de los

contratistas indica que los contratistas: “(...)1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Como corolario de lo anterior los intervinientes, entiéndase los proponentes, el contratista y la Entidad pública contratante, antes de dar inicio a la relación contractual deben prever los riesgos con el fin de poderlos asignar a la parte que mejor los controle y por ende, minimizar el impacto de los eventos que puedan amenazar el desarrollo normal del proyecto y por supuesto garantizar que se pueda resguardar la ecuación financiera del contrato para proteger el resultado económico pretendido por las partes contratantes desde el inicio de la relación.

Acorde con lo señalado desde el Distrito Capital, con el fin de dar sostenibilidad a lo indicado en la legislación colombiana en materia contractual en el sentido de hacer una clasificación realista y exhaustiva de los riesgos en los contratos han impartido recomendaciones que deben tenerse en cuenta al momento de asignar los riesgos y un claro ejemplo de ello lo encontramos en la dieciséis (16) recomendaciones al momento de realizar el análisis pues, a pesar que la Directiva Distrital se profirió en vigencia del derogado Decreto 2474 de 2008 las recomendaciones pueden ser tenidas en cuenta en la actual reglamentación porque en últimas los fundamentos de la tipificación, estimación y asignación y ahora el de la mitigación de los riesgos –previsibles- no han cambiado, esto es, consiste en prever las circunstancias que se puedan presentar en desarrollo del contrato y que puedan afectar el equilibrio económico de las partes en el contrato, asignándolos a la parte que mejor lo pueda soportar. Retomando, las

recomendaciones se encuentran contempladas mediante la Directiva Distrital No. 017 del 31 de agosto de 2011 “*Lineamientos en Materia de Valoración del Riesgo Contractual*” (*)³⁶, expedida por la Alcaldesa Mayor de Bogotá Designada Clara López.

³⁶ (*) **RECOMENDACIONES** 1. Para hacer un adecuado análisis de los riesgos es imperativo que las entidades estatales examinen en el pasado qué tropiezos o dificultades han tenido en la ejecución de sus contratos, incluso la ejecución de contratos en el sector privado, para determinar si es o no recurrente la ocurrencia del riesgo en la ejecución de contratos similares. 2. Para la tipificación, asignación, y distribución de los riesgos previsibles que se pueden presentar durante la ejecución del contrato, se sugiere asociarlos al sector económico en que se encuentre enmarcado el objeto del mismo, y al tipo de contrato, por ejemplo, al sector de la construcción, de alimentos, de adquisición de bienes y servicios; de infraestructura, agropecuario, de desarrollo tecnológico y concesión de servicios, entre otros, con el fin de establecer los riesgos más previsibles asociados a dicho sector y objeto contractual. 3. Dependiendo de la actividad, y del objeto del contrato entre otros, la entidad contratante debe determinar los riesgos en cada contrato específico, a continuación se darán algunos ejemplos; pueden presentarse como riesgo la especulación o desabastecimiento, las alteraciones por el comportamiento de la moneda, según las condiciones sociales que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, como actos terroristas, la condiciones de la naturaleza previsibles científica y tecnológicamente según el lugar de ejecución del objeto contractual o el origen de los bienes. 4. La estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que pueden afectar el equilibrio económico de los contratos, constituyen un factor esencial dentro los procesos contractuales, que deben ser considerados en los estudios previos y en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, según lo dispone el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 3º, numeral 6 y el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, por lo cual es necesario definir los parámetros bajo los cuales la entidad considerará en sus procesos de contratación dichos riesgos. 5. Es importante generar mecanismos para que los interesados participen activamente en la audiencia de fijación de riesgos previsibles, o respondan con observaciones las previsiones de los proyectos de pliegos, para que conozcan y opinen de fondo sobre la distribución de los riesgos realizada por la entidad. 6. De otro lado, para efectos de la distribución del riesgo que llegare a determinarse teniendo en cuenta el objeto y la naturaleza del contrato, se recomienda considerar la capacidad que tenga el sujeto para administrarlo y mitigarlo. Cabe señalar que los riesgos previsibles hacen parte de la ecuación inicial del contrato, por tanto no afectan el presupuesto, en caso que el contratista sea quien asuma el riesgo debe ser considerado dentro del valor de su oferta; y cuando es la entidad pública deberá preverlo dentro de su presupuesto para que se ajuste y defina en los rubros respectivos y obtener el certificado de disponibilidad presupuestal. 7. Se debe tener en cuenta que los riesgos previsibles no pueden asociarse con incumplimientos contractuales, atendiendo a que los riesgos son circunstancias ajenas a la voluntad de las partes y que generan un impacto en el equilibrio económico del contrato, los incumplimientos no están llamados a tipificarse como riesgos previsibles. Es de anotar, que las circunstancias cubiertas con los mecanismos de cobertura de que trata el Decreto 4828 de 2008, amparan los perjuicios que se derivan del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, por lo cual las circunstancias cubiertas por tales garantías, no deben ser tenidas en cuenta para la asignación de riesgos. Los riesgos previsibles no incluyen comportamientos culposos de las partes porque se estaría frente a temas de responsabilidad, como es el caso de los incumplimientos contractuales. 8. En el mismo sentido, los riesgos empresariales, tales como la crisis del sector bancario, la recesión económica global, y los nuevos competidores, entre otros, no deben ser objeto de tipificación, estimación y asignación, pues son propios del empresario y no de la ejecución del contrato. 9. Por lo anterior, no deben confundirse los riesgos previsibles con otras figuras que cuentan con tratamiento propio en el marco de la responsabilidad extracontractual, o cumplimiento de las obligaciones contractuales amparadas en efecto por la garantía única de cumplimiento del contrato. 10. Los riesgos previsibles no incluyen actos de la Administración contratante, como las cláusulas excepcionales, hecho del príncipe y teoría de la imprevisión. 11. Los riesgos serán distribuidos entre las partes contractuales, a aquella que mejor los pueda vigilar, evaluar, controlar y administrar, o que tenga mejor acceso a los instrumentos de protección, atenuación o diversificación. 12. La asunción de riesgos de manera anticipada dentro del contrato atiende a la posibilidad que tienen las partes, por el principio de la autonomía de la voluntad, de incluir cláusulas donde las partes asumen por su voluntad obligaciones específicas indicando la extensión de la responsabilidad. 13. En caso de la ocurrencia del riesgo tendrían un tratamiento propio, regido por las reglas consignadas en el contrato, de manera que se preserve el equilibrio económico del contrato a lo largo de su ejecución. 14. Por ello, resulta de mucha importancia contar con estudios previos cuidadosos del análisis y distribución de riesgo y de la escogencia del proceso de selección adecuado, razón por la cual en la etapa de planeación se sientan las bases tanto del proceso de selección precontractual, como de lo que será posteriormente la ejecución contractual, y de los posibles riesgos previsibles que ella pueden conllevar. 15. Se recomienda que los funcionarios realicen un estudio cuidadoso y exhaustivo de la asignación, tipificación, distribución, y cuantificación del riesgo previsible, en el contrato específico a que hacen referencia y no de forma genérica en una matriz de riesgo para todos los procesos contractuales, dadas las particularidades de cada contrato estatal. 16. La distribución del riesgo debe ser proporcional, es decir, deberá hacerse teniendo en cuenta la capacidad del sujeto para administrarlo y mitigarlo, quiere ello decir que la asignación de los riesgos no procede solamente para el contratista sino también para la Entidad contratante”.

Pues bien, las sugerencias se traducen en que los funcionarios de la administración pública distrital deben observar las circunstancias asociándolas al sector económico en que se encuentre enmarcado el objeto del contrato además, se conmina a los funcionarios encargados a que revisen los antecedentes presentados en anteriores contratos que tenían las mismas condiciones y características del objeto a contratar así mismo deben observar el lugar y las condiciones de ejecución del contrato y por resaltar tenemos que es importante que se generen mecanismos de participación de los oferentes a las audiencias públicas para discutir los riesgos pues, no basta la simple citación a la audiencia.

Finalmente, la Directiva Distrital ratifica que no se puede confundir los incumplimientos contractuales que son amparados por las garantías y las responsabilidades extracontractuales con los riesgos previsibles en los contratos, ya que cada uno de ellos parte de circunstancias diferentes y se mitigan de manera distinta.

2.1.1 DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO – FINANCIERO

En materia contractual no resulta novedoso que para resolver los acontecimientos que se presentan en la realidad histórica y social debemos acudir además del ordenamiento jurídico a otras disciplinas como la economía, en especial si se tiene en cuenta que *“La contratación se constituye en una política pública en sí misma al ser un mecanismo que requiere de la concertación de los planteamientos sociales, políticos y económicos del Estado y además se convierte en el medio prácticamente único de ejecución de otra políticas públicas del Estado”*³⁷

Como consecuencia de lo anterior, tanto el Decreto Nacional 1510 de 2013 como el Manual de Riesgos predicen comportamientos con varias alternativas, lo que

³⁷ BENAVIDES RUSSI, José Luís y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. X Jornadas de Derecho Administrativo, incertidumbre en la Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. 2010, pág. 213.

permite ahora incorporar tanto los riesgos previsibles como los imprevisibles y los que afectan y no el equilibrio económico del contrato.

Ahora bien, determinar los riesgos previsibles resulta de real trascendencia desde el punto de vista financiero porque la contratación estatal en Colombia, como en gran parte de los ordenamientos del mundo, busca mantener el equilibrio económico del contrato tratando de salvaguardar en todas las etapas contractuales el balance entre el objeto y el precio, lo que garantizará la consecución tanto de los fines públicos estatales como de los privados particulares.

Lo indicado se traduce en palabras de los economistas en la denominada reciprocidad y conforme lo señala la tratadista Safar Díaz, en el impacto acumulativo. Veamos:

“La responsabilidad de la administración frente a la intangibilidad de la remuneración debida al contratista está presente en todas sus actuaciones dentro del desarrollo del objeto contractual, principalmente en cuanto al ejercicio de las potestades excepcionales en general, y especialmente en cuanto a la modificación e interpretación unilaterales para efectos de la compensación de costos por impacto. En efecto, la interpretación de las reglas contractuales puede dar lugar a una variación sustancial de las condiciones estipuladas en el acuerdo de voluntades, en la medida en que una visión diferente de las cláusulas puede dar lugar a una modificación de situaciones concretas del contrato que, de haberse entendido de forma diferente, no daría paso a un perjuicio económico para el contratista; de ahí que la administración tenga el deber de considerar la ecuación financiera al momento de dar aplicación a una previsión contractual confusa, sin olvidar que, por regla general, es el mismo Estatuto el que redacta el contrato, lo que implica de acuerdo con las reglas generales sobre contratos, una carga

*de calidad y buena fe que conlleva la estabilidad de las expectativas de su
co contratante.*

*Es así como todas las normas relativas al equilibrio económico de los
contratos no solamente soportan la aplicación del impacto acumulativo en los
mismos, sino que representan el régimen de responsabilidad del mismo
dentro del contrato estatal, al igual que ocurre con las casuales de
rompimiento de la ecuación financiera que ya son tradicionales en la
práctica jurídica colombiana, porque como lo anota LUÍS GUILLERMO
DÁVILA VINUEZA “La consagración del principio de la ecuación financiera
constituye principalísima respuesta a la innegable desigualdad que afecta al
contrato estatal y que se puede plantear desde diferentes planos, no
necesariamente limitado a la explicación tradicional de las causas que
alteran esa ecuación y la manera de restablecerla, sino que también debe
abarcar todas las modalidades que inciden en la economía del contrato y
que de alguna manera implican la protección del Estado por una
condiciones de contratación que garanticen la consagración de los fines que
persigue”³⁸*

De hecho, lo anterior no dista mucho de lo indicado hasta ahora, puesto que lograr determinar los riesgos previsibles evita que la administración pública en desarrollo del contrato deba equilibrar la carga económica contractual, y acudiendo al código de Comercio lo que denominaríamos la conmutatividad del contrato. El ejemplo que más encaja tendría podría traducirse en la Ley de pasivos contingentes, antes la ley 448 de 1998 y ahora la Ley 819 de 2003³⁹ en donde particularmente el artículo 3, reza:

³⁸ SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía. Impacto Cumulativo y equilibrio económico en el contrato Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2006. p. 101.

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 819 del 9 de julio de 2003. “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial No. 45.243, del 9 de julio de 2003.

“PASIVOS CONTINGENTES. Las valoraciones de los pasivos contingentes nuevos que resulten de la celebración de operaciones de crédito público, otros contratos administrativos y sentencias y conciliaciones cuyo perfeccionamiento se lleve a cabo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 448 de 1998, serán aprobadas por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se manejarán de acuerdo con lo establecido en dicha ley. La valoración de los pasivos contingentes perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 448 de 1998, será realizada por el Departamento Nacional de Planeación, con base en procedimientos establecidos por esta entidad.”

Según la doctrina, lo antes anotado aconteció debido a la falta de liquidez de las empresas privadas para sufragar los compromisos derivados de la materialización de los riesgos cuando se realizaron las concesiones de primera generación, en donde se invitó a los privados para que participaran -financieramente- en la realización de las obras públicas.

Para complementar lo anterior, el profesor Diz Cruz señala que una de las maneras más importantes de describir una pérdida o daño es a través del concepto de riesgo, y que lograr minimizar su impacto se debe realizar por intermedio de una serie de mecanismos de protección, como por ejemplo determinar quién los puede asumir reduciría la generación de daños que afectan el ingreso y la utilidad dentro de la ejecución contractual por tal razón la teoría del riesgo es tomada en materia financiera con tal detalle, y expuesta de la siguiente manera:

“Riesgo, es todo aquello que puede generar un evento no deseado y traer como consecuencias pérdidas y/o daños.

Generalmente cuando ocurren pérdidas estas conllevan unas consecuencias financieras que afectan de alguna manera el ingreso, presupuesto, flujo de caja de un ente, persona o empresa que está sujeto o sumergido dentro de ambientes que pueden inducir eventos catastróficos en grados variables que de alguna manera afectan al individuo o empresa. Las variables aleatorias dentro del contexto de la Estadística Actuarial, explican de una manera razonable, en un periodo de observación, la frecuencia y magnitud del daño. La idea subyacente de protegerse de ese daño es a través de un seguro; auto seguro, dependiendo si uno absorbe el riesgo o por el contrario lo trasfiere a un tercero. En cualquier caso, la palabra mágica una vez más es riesgo, y en todo caso lo que busca es una minimización del impacto de la pérdida que siempre es traducible a términos económicos dado un nivel de utilidad y un determinado grado de aversión al riesgo por parte del asegurado. En términos muy elementales esta protección, implica un contrato entre las partes que de alguna manera establece claramente los términos y condiciones bajo las cuales se reconocen y se pagan las deudas.”⁴⁰

El modelo de la probabilidad de una pérdida que expone el economista DIZ, es el siguiente:

“Existen varias maneras de expresar y describir la distribución de probabilidad de una pérdida.

El primer caso o modelo, se corresponde con la descripción completa y detallada de la variable aleatoria x asociada a la magnitud de la pérdida.

Si x es una variable aleatoria continua, se deben especificar $f(x)$ o $F(X)$ función densidad o función distribución respectivamente (...)”⁴¹

⁴⁰ DIZ CRUZ, Evaristo. Introducción a la teoría del riesgo. Bogotá: Eco Ediciones, 2006. p. 1

⁴¹ *Ibíd.*, p. 9.

Dicho de otro modo, los riesgos desde el punto de vista económico - financiero adquieren tal importancia que lograr identificar los mecanismos de protección evitaría la generación de pérdidas para las partes contractuales, y en el caso de verse afectado el contratista soslayar que el Estado salga a la reparación y al restablecimiento del por el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

“La dinámica de la gestión de riesgos está entonces orientada de manera determinante por la concepción de proyectos que ofrezcan suficiente seguridad a los inversionistas para asumir el riesgo de financiación.”

2.1.2 DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

La teoría de los riesgos previsible en los contratos estatales surge con el fin de evitar el rompimiento del principio del equilibrio económico del contrato; teoría que fue inicialmente admitida en nuestro país por vía jurisprudencial, después de lo cual encontró consagración legal, en sus inicios en la Ley 19 de 1982 y con el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012 y ahora con el Decreto 1510 de 2013 (Los cuales deben ser incorporados desde los estudios previos).

Retomando lo anotado en anteriores líneas, resáltese que, algunos autores coinciden en indicar que la finalidad o necesidad de la teoría de los riesgos radica en garantizar el mencionado principio del equilibrio económico del contrato tal y como lo expone el Doctor Becerra al citar una sentencia, al referirse sobre la conmutatividad del contrato, fundamento también adoptado desde el punto de vista financiero, para señalar la importancia de determinar los riesgos previsible en los contratos. Veamos:

“En la contratación Estatal, la justicia conmutativa tiene carácter de derecho imperativo.”

Un acontecimiento previsible (asunción del riesgo) se concreta como una de las obligaciones surgidas del contrato.

La conmutatividad implica simetría en el costo económico de las prestaciones.

La conmutatividad constituye un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad.

Las irregularidades que atentan contra la conmutatividad y el equilibrio pueden estar presentes al momento del surgimiento del contrato.

(...)

La claridad de la providencia exige concluir sin más comentarios que al momento de configurar el riesgo, de establecer las obligaciones condicionales que se cristalizaran en caso de materializarse los eventos tipificados, se debe respetar el principio de conmutatividad del contrato estatal; a ninguna de las dos partes puede imponerse cargas de tal manera excesivas que tengan la potencialidad de romper la simetría entre los derechos y obligaciones recíprocos.⁴²

Así las cosas, la conmutatividad se traduce en la equivalencia de las prestaciones pactadas entre las partes contratantes, las que pueden preverse antes de dar inicio al contrato y que en últimas se convierten en obligaciones para ellas.

La conmutatividad se predica de los contratos onerosos, esto es, los que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (Art. 1497 del Cód. Civil). El artículo 1493 del Código Civil, reza:

ARTICULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe

⁴² BECERRA SALAZAR. Op. Cit., p. 37.

dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Ahora bien, en razón al principio de transparencia que rige a la contratación estatal en Colombia se impone a la Entidad pública contratante fijar reglas claras y objetivas en los pliegos de condiciones o términos de referencia para que los particulares puedan elaborar con pleno conocimiento de causa sus ofertas (art. 24 Numeral 5) y el de selección objetiva (art. 29 ley 80 de 1993) que proscribe la selección del contratista con base en motivaciones con criterios que deben ser objetivos, en tanto que la equivalencia de las prestaciones a las que se comprometen las partes, se determinan con el justo precio que tengan en el mercado y tan es así que la entidad debe restablecer el equilibrio económico del contrato a la parte afectada.

Podemos concluir entonces, que los principios de la contratación estatal sumados a la obligación del Estado de indemnizar los daños causados a los particulares que asuman cargas que no le corresponden (desequilibrios), lleva implícita como característica del contrato Estatal su conmutatividad objetiva. Como consecuencia de lo anterior, primero de debe garantizar al contratista lo legítimamente esperado en desarrollo del contrato y segundo, evitar que el contrato fracase o no pueda cumplirse, tal y como lo señala la siguiente autora:

“En síntesis, podemos afirmar que la finalidad del principio del equilibrio económico financiero del contrato es garantizar y proteger las utilidades o el beneficio económico que legítimamente espera obtener el particular con la normal ejecución del negocio, de conformidad con las condiciones que tuvo en cuenta en el momento de su celebración, con miras a permitir que se

pueda cumplir adecuadamente el objeto contractual a favor del interés público que pretende satisfacer la administración”⁴³

Justamente, el alea previsible que asume y afrontan las partes hace de cierta forma que no pierda el sentido inicial de las estipulaciones pactadas. Por ello, garantizar la equivalencia se constituye en una de las razones principales para tipificar, estimar y asignarlos los riesgos previsible en los contratos, lo que además es una exigencia legal en materia de contratación pública.

2.1.3 DESDE EL PUNTO DE VISTA AMBIENTAL

No es un secreto que cada día toma mayor importancia para las empresas y por ende, para la administración pública contratante, conocer, con el mayor rigor posible, el impacto ambiental que producen o pueden producir sus actuaciones, y es precisamente éste el objetivo de numerosas iniciativas legislativas que incluyen el concepto del riesgo ambiental, como lo introdujo los documentos CONPES y el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente y publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP el 16 de septiembre de 2013.

La importancia de definir el riesgo ambiental radica en la identificación de los factores que pueden incurrir en éste y sus efectos potenciales los cuales se constituye en la piedra angular sobre la que se levanta todo el edificio de actuaciones encaminadas a conseguir que el impacto en el medio ambiente sea el menor posible. *Un riesgo medioambiental es toda circunstancia o factor que conlleva la posibilidad de un daño para el medio ambiente.*

⁴³ CEPEDA CAMACHO. Op Cit., p. 144-145.

Observemos ahora los lineamientos generales de la política de riesgo por obligaciones ambientales que introdujo el documento CONPES 3133 del 03 de septiembre de 2001, así:

- (a) *“Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, el inversionista privado asumirá los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en dicha licencia y/o plan de manejo ambiental.*
- (b) *Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada antes del cierre de la licitación y ésta sea modificada por solicitud del inversionista privado, el inversionista privado asumirá los costos que implique esta modificación.*
- (c) (...)
- (d) *Cuando no se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto. En estos casos la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado. Como lineamiento de política se recomienda que la diferencia de costos no sea pagada con recursos del fondo de contingencias. Es imperativo que las entidades estatales hagan todos los esfuerzos a su alcance para contar con las licencias ambientales y los planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos.”*

Por su parte, el Manual para la identificación y cobertura del riesgo indicó que el Documento CONPES 3714 de 2011 clasifica los Riesgos de acuerdo con los siguientes tipos:

“Riesgos Ambientales: son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas retributivas y compensatorias, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y control, entre otras”

Así las cosas, definir el riesgo también tiene una importancia ambiental debido a las nuevas preocupaciones a que se ha avocado las partes de la relación contractual con respecto al impacto negativo que se puede generar de éstos.

2.2 REGLAMENTACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

Es lo primero expresar que las normas contractuales en Colombia han gozado de un excesivo reglamentarismo y precisamente por ello y para desarrollar el presente ítem se hará referencia a los tres últimos decretos reglamentarios, esto es, el Decreto 2474 de 2008, el Decreto Nacional 0734 de 2012 (vigente según régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2013) y finalmente, al Decreto 1510 del 17 de julio 2013 en cuanto al tema de los riesgos en la contratación Estatal, los mencionados precedentemente fueron expedidos con posterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007 y tienen relación directa con el tema principal de la investigación.

2.2.1 DECRETO NACIONAL 2474 DEL 07 DE JULIO DE 2008.

En ese orden de ideas, tenemos que el derogado Decreto Nacional 2474 de 2008 indicaba que como elemento mínimo de los estudios previos, los cuales se colocaban a disposición de los posibles oferentes, junto con el proyecto de pliego de condiciones, debían contener el *soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico*

del contrato; los que además tenían que ser valorados en la audiencia de asignación y tipificación de riesgos. Observemos lo señalado por el precepto legal:

Decreto 2474 DEL 07 DE JULIO DE 2008()⁴⁴. **Artículo 3. Estudios y documentos previos.** En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.*

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

(...)

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.
(Subrayas fuera del texto original)

A su turno, el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, señalaba que:

*Ibídem. **Artículo 88.** Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.*

⁴⁴ Derogado por el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Cartagena de Indias, 2012.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego.

Parágrafo. *Modificado por el art. 8 Decreto Nacional 2025 de 2009. A criterio de la entidad, la audiencia a que se refiere el presente artículo podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o realizarse de manera previa a la apertura del proceso. Los efectos del texto subrayado fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de mayo 27 de 2009. (Subrayas fuera del texto original)*

En resumen, podemos indicar que los riesgos previsibles debían identificarse desde la elaboración de los estudios previos –soporte del contrato y de los pliegos de condiciones- y ser discutidos con los posibles oferentes en la audiencia de riesgos dispuesta para ello.

2.2.2 DECRETO NACIONAL 0734 DEL 13 DE ABRIL DE 2012

Por su parte, el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012, que derogó el mencionado Decreto Nacional 2474 de 2008 particularmente en su Artículo 2.1.1. “Estudios y documentos previos”, y en el artículo 2.1.2 Determinación de los riesgos previsibles. Indicaba el precepto legal:

“Artículo 2.1.1. En desarrollo de lo señalado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones o del contrato, de manera que los proponentes o el eventual contratista respectivamente, puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad así como la distribución de riesgos que la misma propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener, como mínimo, los siguientes elementos:

(...)

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.”

(Subrayas fuera del texto original)

Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsibles. *Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en*

la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales.

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren. *La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en el respectivo pliego” (Subrayas fuera del texto original)*

De la normatividad en cita podemos resaltar que el riesgo previsible es entendido como la probabilidad de ocurrencia de un hecho o circunstancia que altere el equilibrio económico del contrato, lo que deja por fuera a la teoría de la imprevisión – similar descripción que traía el Decreto 2474 del 2008- así mismo, la normatividad es clara en definir que “Sólo los riesgos que puedan alterar el equilibrio financiero del contrato estatal son los que ameritan tipificarse, cuantificarse y asignarse, e incluso requiere de la administración que prevea cómo se recobrará el equilibrio contractual cuando se vea afectado por alguna

*circunstancia de riesgo asignado o previsto.*⁴⁵ Es por tal razón, que se debe evaluar con anterioridad las consecuencias del posible daño. En relación a lo anterior, la ley ata de manera precisa a la administración pública para que en todos los estudios previos, tanto los que soportan el pliego de condiciones como los que dan origen al contrato, se evalué la ocurrencia de los riesgos previsibles, los cuales deben ser identificables y cuantificables, con el propósito de evitar discusiones posteriores entre las partes en el evento de presentarse éstos en desarrollo del contrato.

Aunado a lo anterior, la entidad contratante debe indicar en los estudios previos cómo se recobrará el equilibrio económico del contrato, responsabilidad que queda en un principio en manos de la administración pública, intuyendo que lo mejor que puede hacer es asignar el mayor número de riesgos al posible contratista, sin menester de que ellos puedan objetarlos en la audiencia pública que para el efecto cuenta; de todos modos, siempre atendiendo al propósito que de presentarse se pueda mitigar su impacto a la parte que mejor lo pueda soportar.

Por último, diremos que de manera obligatoria los riesgos previsibles se discuten con los proponentes en las licitaciones públicas y en las demás modalidades de selección es de manera voluntaria. En resumidas cuentas, los decretos reglamentarios han insistido en la necesidad de poder mitigar de la mejor forma los posibles daños económicos – financieros que se le generan a las partes con ocasión del desarrollo en la ejecución del contrato, y es por tal razón que el tema ha sido abordado de manera preventiva, al realizar un análisis juicioso de los riesgos previsibles en materia contractual.

⁴⁵ DE VIVERO ARCINIEGAS. Op Cit., p. 249

2.2.3 DECRETO NACIONAL 1510 DEL 17 DE JULIO DE 2013

Para abordar el análisis de lo dispuesto tanto en la normatividad de la referencia como en el Manual de Administración del Riesgo, ubicaremos primero el articulado relacionado con la teoría del riesgo para posteriormente realizar el análisis e impacto de los riesgos allí contemplados de cara a la presente investigación.

Ahora bien, con la expedición del Decreto Nacional 1510 en el mes de julio de 2013, tenemos lo siguiente:

Artículo 20. **Estudios y documentos previos.** *“Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:
(...)
6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo” (subrayas fuera del texto original)
(...).”*

La disposición legal continúa incorporando como elemento importante de los estudios previos para todas las modalidades de selección del contratista, con excepción de la mínima cuantía, el deber de realizar el análisis de los riesgos que se puedan presentar durante la ejecución del contrato.

Figura ésta que, como se estudió, surgió en Colombia para los casos de proyectos de infraestructuras a finales de la década de los 90 *“Para hacer frente a los pasivos contingentes derivado de las garantías de ingresos pactadas en las*

*concesiones de primera generación, lo cual llevo a la expedición de la Ley 448 de 1998, el Decreto 423 de 2001 y los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001*⁴⁶

El Decreto 1510 de 2013 define en su artículo 3 el *riesgo* como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato. Así mismo, estableció en su articulado que Colombia Compra Eficiente presentará el Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación dirigido a los partícipes del sistema de compras y contratación pública, el cual fue dado a conocer en la página del SECOP el día 16 de septiembre de 2013.

Otro aspecto novedoso que trajo consigo el Decreto 1510 de 2013 es que estableció en el artículo 26 que la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista y en la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, teniendo en cuenta “(a)... y (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio (...) Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones: mayor asunción de los Riesgos , entre otras.” (Subrayas fuera del texto original).

Lo anterior significa que, ahora, la entidad pública contratante puede tener en cuenta como criterio para determinar la oferta más favorable el hecho de que el oferente –futuro contratista- asuma la mayor asunción de riesgos discutidos en la audiencia pública dispuesta para tal efecto.

⁴⁶YONG SERRANO. Manuel. El contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pág. 79.

2.2.4 MANUAL PARA LA IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO

Como se indicó anteriormente, y con el propósito de ofrecer lineamientos y principios metodológicos de manejo y en la gestión de Riesgos en el Proceso de Contratación se expidió el Manual de Administración del Riesgo. Veamos los puntos más relevantes que expone el documento:

*“**Introducción.** Colombia Compra Eficiente presenta este Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación dirigido a los partícipes del sistema de compras y contratación pública.*

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente. El Decreto Ley 4170 de 2011 establece dentro del objetivo de Colombia Compra Eficiente optimizar los recursos públicos en el sistema de compras y contratación pública para lo cual es indispensable el manejo del riesgo en el sistema y no solamente el riesgo del equilibrio económico del contrato. Así lo entendió el Gobierno Nacional al asignar en las funciones de la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente la de “diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura”, sin limitar esta función al riesgo derivado del equilibrio económico de los contratos, riesgo que se limita a la ejecución del mismo.

(...)

De esta manera que, uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública es el manejo del riesgo del Proceso de Contratación. En consecuencia, la administración o el manejo del riesgo debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del

bien; y no solamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato.

(...)

El Decreto 1510 de 2013 se refiere al riesgo previsible puesto que es un concepto que se deriva de las normas ya citadas contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 4170 de 2011. Para tal efecto, Colombia Compra Eficiente presenta este Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación dirigido a los partícipes del sistema de compras y contratación pública buscando ofrecer lineamientos y principios metodológicos de manejo y en la gestión de Riesgos en el Proceso de Contratación y el cual tiene en cuenta el Documento Conpes 3714 de 2011.

(...)

En tal sentido, el Manual para la Gestión de Riesgos dado a conocer por Colombia Compra Eficiente a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, se constituye en una herramienta para las entidades públicas contratantes que incorpora la definición, características, alcance y la forma de realizar los riesgos para los diferentes procesos de selección.

Incorpora el Manual una matriz de riesgos la cual le permitirá a las Entidades Públicas contratantes tomar los riesgos expuestos en ellas así como poder dilucidar el impacto de cada uno de ellos y determinar de manera más precisa los riesgos que puedan presentarse en desarrollo del proceso de selección del contratista.

2.2.5. RIESGO DEL PROCESO Y RIESGO DEL CONTRATO

2.2.5.1 DEL RIESGO DEL PROCESO

El riesgo del proceso es definido en el artículo 17 del Decreto 1510 de 2013 y desarrollado en el Manual expedido por la Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente-.

Veamos lo indicado por la normatividad y, tal y como lo anunciamos, posteriormente observaremos el impacto que tiene para la presente investigación.

Decreto 1510 de 2013. Artículo 17. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.

Manual de Administración del Riesgo.

Manual: A. Riesgos en el Proceso de Contratación. Las Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes Riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio.

Un manejo adecuado del Riesgo permite a las Entidades Estatales: (i) proporcionar un mayor nivel certeza y conocimiento la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de Contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación; (iii) incrementar el grado de confianza entre las partes del Proceso de Contratación; y (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otros”.

Con lo anterior, ocurre un giro inesperado pero reclamado en la normatividad legal contractual frente al tema de los riesgos el cual se traduce en que tiene un contexto más amplio pues, no sólo tiene que ver con los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato y que ocurran sólo en la etapa post contractual sino que tal y como lo expone la normatividad y según el Manual expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- consiste en que la Entidad Estatal, al realizar el análisis del riesgo, debe cubrir desde la planeación y hasta el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien.

Repetimos que todo lo anterior, no consiste solamente en la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato. *“Sin limitar esta función al Riesgo derivado del equilibrio económico de los contratos, Riesgo que se limita a la ejecución del mismo.”⁴⁷*, sino que tiene una mirada más holística en el sentido de incluir todas las etapas que integran la gestión contractual.

Con lo anterior se amplían los períodos en que pueden presentarse los riesgos previsible y que para el caso del presente estudio, en los contratos de prestación de servicios profesionales, deberá diligenciarse en forma completa la matriz de riesgos dada a conocer en el Manual, con las siguientes advertencias y anotaciones, a nuestro sentir:

La primera de ellas, es que al momento de identificar y clasificar los riesgos para éste tipo de contratos - análisis que se hace a manera general (recordemos que cada contrato tiene su propio estudio conforme características particulares)-, la Entidad Estatal debe clasificarlos según su clase, su fuente, la etapa del Proceso de Contratación en la que se encuentra el Riesgo, y su tipo.

⁴⁷ Colombia Compra Eficiente. Manual de Administración del Riesgo

Al tenor, podríamos identificar uno en la etapa contractual y otro en la etapa post contractual ⁴⁸.

Observemos las diferencias al estimarlos en el caso práctico:

ETAPA CONTRACTUAL	ETAPA POST CONTRACTUAL
CLASE: General	CLASE: Específico (Riesgo propio del proceso de contratación)
FUENTE: Interna	FUENTE: Interna
ETAPA DEL PROCESO: Proceso de Contratación	ETAPA DEL PROCESO: Ejecución
TIPO: Operacionales	TIPO: Operacionales
Definición Ejemplo: Que una vez suscrito el contrato por las partes, el contratista constituya tardíamente la constitución de las garantías solicitadas en el contrato, y dentro del plazo fijado para ello.	Definición: Ejemplo: Una vez perfeccionado el contrato de prestación de servicios profesionales se presenten circunstancias ajenas a las partes que retrasen la entrega por parte del contratista de los productos estipulados en el contrato y en el cronograma que para el efecto se fije.

Segundo paso: Una vez cumplidos las anteriores etapas, la Entidad Estatal debe evaluar cada uno de los Riesgos identificados, “*Estableciendo el impacto de los mismos frente al logro de los objetivos del Proceso de Contratación y su probabilidad de ocurrencia.*”⁴⁹

Esta evaluación tiene como fin, en palabras del Manual de Administración del Riesgo, asignar a cada uno una calificación en términos de impacto y de probabilidad, la cual permite establecer la valoración de los riesgos identificados y las acciones que se deban efectuar.

⁴⁸ Referida al presente proceso de investigación, esto es, riesgos previsible que afecten el equilibrio económico del contrato por circunstancias que tiene posibilidad alta de presentarse

⁴⁹ Colombia Compra Eficiente. Manual de Administración del Riesgo

Para estimar el impacto y la probabilidad de ocurrencia de un evento que afecte de manera negativa el Proceso de Contratación, el Manual sugiere considerar fuentes de información tales como: *“Registros anteriores de la ocurrencia del evento en Proceso de Contratación propios y de otras Entidades Estatales, experiencia relevante propia y de otras Entidades Estatales, prácticas y experiencia de la industria o el sector en el manejo del Riesgo identificado, publicaciones o noticias sobre la ocurrencia del Riesgo identificado, opiniones y juicios de especialistas y expertos y estudios técnicos.”*

Ahora bien, una vez la entidad pública contratante utilice las fuentes que sugiere el Manual debe definir la probabilidad de ocurrencia. De esta manera los riesgos pueden ser: *Raros, improbables, posibles, probables y casi ciertos.*

Para nuestro caso, el primero del ejercicio (riesgo identificado en la etapa de contratación) estará dentro de la categoría del riesgo improbable o posible dependiendo de la frecuencia en que se presente tal situación para la entidad estatal. Pero, para el segundo caso, se encontrará dentro de la categoría de probabilidad *rara* porque puede ocurrir excepcionalmente. He aquí otra portentosa razón de utilidad de la presente tesis toda vez que hemos descrito las razones por las cuales no solamente es un absurdo tratar de incorporar la teoría del riesgo en los contratos estatales de prestación de servicios, sino que de incorporarse (por expreso mandato legal) éste deberá ser considerado como raro y de imposible ocurrencia.

Finalmente, podemos indicar que el riesgo en los procesos de contratación, va más allá del análisis que se venía realizando pues le da movilidad y flexibilidad a la administración pública al observar los riesgos que pueden ocurrir en etapa pre contractual (proceso de selección) hasta la etapa post contractual (liquidación del contrato).

Todo lo anterior para concluir que se amplían los períodos en que pueden presentarse los riesgos, con el apoyo que para ello estructuró el Manual de Administración del Riesgo y que necesariamente no afectan el equilibrio económico del contrato.

2.2.5.2 DEL RIESGO DEL CONTRATO

Este riesgo es al que se ha hecho referencia en toda la investigación, esto es, es el instrumento de regulación del contrato que establece una perspectiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista y que forman parte del contrato. Es el acto jurídico pre comercial con carácter vinculante para las partes. Son los que deben estar contemplados en los estudios previos, al tenor del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, y que se agotan en la misma etapa de planeación.

Retomando, tenemos que los riesgos previsibles son todas las circunstancias de carácter pronosticable que pueden identificarse y cuantificarse en condiciones normales y que de presentarse durante la ejecución del contrato, consiguen alterar el equilibrio financiero del negocio, pero que no conlleva al restablecimiento del equilibrio económico de la persona afectada salvo que así se pacte en el contrato, toda vez que lo asume desde el inicio de la relación contractual (asignación del riesgo).

Es también sabido que durante el desarrollo de un contrato se pueden presentar diversidad de contingencias, las cuales deben ser diferenciadas, esto es, las relacionadas con los riesgos previsibles (Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007), las que puedan dar lugar a riesgos cobijados por el régimen de garantías, las de los riesgos imprevisibles (inciso 2 del numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993), las obligaciones contingentes (Decreto 423 de 2001), o por los riesgos generados

por malas prácticas (Manual de buenas prácticas del DNP). **El presente estudio ha abordado la primera de ellas, es decir, los riesgos de carácter previsible.**

Por supuesto que estos riesgos del contrato tienen implicaciones para la investigación porque la nueva normatividad conserva la estructura de los anteriores decretos reglamentarios en el sentido de indicar que se debe incorporar en los estudios previos; que son el soporte del contrato de prestación de servicios profesionales; además de añadir el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo; sólo que ahora no hace referencia taxativa a *riesgos previsibles* como lo indicaba los anteriores decretos reglamentarios pero que de la lectura que se realiza del Manual de Gestión de Riesgos se entienden que son referidos a los riesgos previsibles.

2.3 DOCUMENTOS CONPES:

Por su parte, el documento CONPES No. 3714 de 2011, trajo una propuesta de lineamientos para las entidades públicas y los proponentes, estableciendo unas reglas frente a posibles alteraciones del equilibrio financiero de los contratos y sentó unas bases para el fortalecimiento y la homogenización de los pasos que se surten en la etapa precontractual para el establecimiento de los riesgos previsibles de la contratación. Al respecto señaló que:

“La mencionada Ley 1150 de 2007 y su posterior reglamentación, profundizaron en la obligación de las Entidades Estatales de cumplir con los principios de planeación contractual y de selección objetiva, en el desarrollo de las actividades administrativas, jurídicas y financieras de la entidad, que constituyen la gestión contractual, consagrando así, deberes específicos para las Entidades. Dentro de dichos deberes específicos, se encuentran por ejemplo, la elaboración de los “Estudios y documentos previos” en los cuales, de manera previa a la apertura del proceso de selección, se indica el

fundamento de la necesidad de realizar el proceso de contratación para la adquisición del bien o servicio; el tipo de contrato a celebrar; la modalidad de selección a utilizar para la escogencia del contratista; la disponibilidad presupuestal; la razón de ser de las condiciones incluidas en los pliegos de condiciones para el proponente y para la oferta; así como el soporte que permite la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan alterar el equilibrio económico del contrato; entre otros.

Asimismo, y en atención a que las normas que reglamentan los riesgos previsibles establecen que la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte de los proponentes de la distribución de riesgos previsibles efectuadas por la entidad en estudios y documentos previos que acompañan los Pliegos Definitivos, lo cual implica que el proponente debió haberlos discutido y definido con la Entidad en el marco de su deber de colaboración con el Estado, se hace imprescindible establecer lineamientos básicos respecto de los “riesgos previsibles” en el marco de la política de Contratación Pública.

(...)

Así, los diferentes actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión. Dicha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación.”

Lo anterior no dista mucho de lo hasta ahora indicado al reafirmar que los riesgos previsibles determinados y discutidos con el futuro contratista con anterioridad a la celebración del contrato constituye el cumplimiento del principio de planeación y

permitirá contar con las herramientas necesarias para su mitigación en caso de ocurrencia.

Por su parte, el Documento CONPES No. 3249 “Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación. Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”. Bogotá, D.C., octubre 20 de 2003, estableció como herramienta para la gerencia pública contractual la eliminación de la garantía de utilidad para los contratistas en el evento de lograrse determinar los riesgos previsibles del contrato que pueda soportar y controlar el contratista, veamos lo preceptuado en el documento:

“Eliminación de la garantía de utilidad para los contratistas, a través de la redefinición del concepto del equilibrio económico de los contratos, conforme a la cual, las entidades estimarán los riesgos involucrados en el contrato, que, una vez revisados por los proponentes y ajustados dentro del proceso, permitirán la distribución del riesgo que constituirá el fundamento de la llamada “ecuación contractual”, de manera tal que los contratistas deban soportar los riesgos previsibles que su condición profesional les haga posible controlar.

El documento Conpes 3760 al referirse a la Asociaciones Público Privada (APP) señalo que una correcta identificación y administración de los riesgos redundará en el fortalecimiento de las condiciones de financiación y en la movilidad del capital privado lo que en últimas se traducirá en la reducción de las contingencias públicas. Así:

“Mejores criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos, para que sean administrados por el asociado (público o privado) que cuente con mayor capacidad para administrarlos y mitigarlos. Una correcta administración de riesgos mejora considerablemente las condiciones de financiación.

Asegurar la adecuada asignación y valoración de los riesgos asociados a cada proyecto es uno de los elementos fundamentales para la movilización de capital privado. Facilitar la transferencia de aquellos riesgos que esté en mejor

capacidad de administrar el inversionista privado, genera beneficios para las finanzas públicas reduciendo contingencias.

Sin embargo, eventos de fuerza mayor o caso fortuito son riesgos que se pueden materializar en el desarrollo de los proyectos, por lo que los contratos deberán prever fórmulas o mecanismos para su manejo ante la ocurrencia de factores exógenos al proyecto.

Por otro lado, con el objetivo de mantener el ritmo de ejecución de los contratos, se hace necesario contemplar herramientas contractuales de declaratoria de eventos eximentes de responsabilidad por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito derivados de eventos en temas ambientales, sociales, prediales y de traslado de redes, entre otros, los cuales serán asumidos por la ANI, después de realizar un proceso de verificación y certificada la debida diligencia del privado por parte de la interventoría o quien haga sus veces”.

Todo lo antes traído a colación resalta la importancia de la determinación de los riesgos previsible en el contrato a fin de reducir las contingencias que se puedan llegar a presentar durante la ejecución o por lo menos contar con las herramientas previas para su mitigación en caso de presentarse, lo que se constituye en un beneficio tanto para la entidad contratante como para el contratista.

CAPÍTULO III

3. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

3.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO ESTATAL

El régimen legal colombiano, más específicamente la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, ha definido de manera sencilla el contrato estatal, entendido como aquel negocio jurídico que se celebra en ejercicio de la autonomía de la voluntad entre las entidades del Estado y los particulares, el cual es generador de obligaciones. Veamos.

*“III. DEL CONTRATO ESTATAL. **Artículo 32.** De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...).”*

En una concepción más amplia, el contrato estatal es definido como el instrumento por medio del cual se cumplen los fines de la contratación pública y que garantiza por un lado, los derechos e intereses de los administrados y por otro, la utilidad que espera percibir el colaborador de la administración, tal y como lo reafirma el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007.

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios

públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

En ese orden de ideas, y con el propósito que se realicen los fines que le fija la Constitución Política al Estado colombiano y en desarrollo de éstos el resto del ordenamiento jurídico, como el Estatuto de Contratación Pública y demás normas contractuales, la Entidad Pública contratante adquiere bienes y servicios que hoy por hoy requieren de la base contractual guiada por los principios constitucionales de la administración pública y de la actividad contractual. En tal sentido, los contratos celebrados bajo el régimen privado cumplen diferentes funciones a las asignadas a los contratos estatales y particularmente en lo que respecta a la satisfacción de los intereses pues, mientras los primeros cumplen fines particulares los segundos satisfacen intereses colectivos. En consideración a lo planteado, tenemos:

“En el régimen legal colombiano, los doctrinantes realizan importantes distinciones en cuanto a la naturaleza de los contratos civiles, comerciales y de los administrativos no sólo por sus orígenes filosófico-políticos, sino por la regulación jurídica que va en dirección a satisfacer intereses distintos, esto es, los primeros a satisfacer intereses individuales, particulares, privados, y los segundos a satisfacer intereses públicos, colectivos, generales y sociales.”⁵⁰

⁵⁰ INOCENCIO MELÉNDEZ. Op Cit. p. 15.

De tal suerte que, a continuación se precisa con mayor claridad la noción del contrato estatal, y sus principales características, así:

“El contrato administrativo, luego de su evolución doctrinaria y jurisprudencial, primero en Francia y España y luego en Latinoamérica, es entendido fundamentalmente como aquel contrato que apareja la existencia de potestades a favor del Estado, potestades que para algunos deben estar contenidas en la ley y que para otros trascienden ese requisito.

Las potestades son de modificación unilateral, de interpretación unilateral y ejecutoria, de dirección y control, de sanción y resolutoria; se puede incluir, además, la inaplicación de la excepción de incumplimiento. Estas potestades se fundamentan en la idea de la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido en el contrato.

En contrapartida de las potestades indicadas, surge el denominado principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero. Mediante este principio, ante hechos irresistibles e imprevisibles que acontezcan en el contrato, no debe optarse por la resolución sino por el mantenimiento del vínculo para lo cual se “ayuda” al contratista a la recomposición del equilibrio logrado inicialmente a través de su oferta.

Los contratos administrativos tienen su correlato en los contratos privados de la Administración, contratos en los cuales el Estado se desenvuelve como un particular, despojado de su iusimperium. A la teoría que afirma la existencia de contratos administrativos por un lado, y contratos privados de la administración por otro, se ha convenido en denominar tesis dualista de los contratos del Estado; esta dualidad trae consigo la necesidad y dificultad de diferenciarlos. En posición contraria a la indicada dualidad se ubica la tesis unitaria, la cual postula que los contratos que se suscriben con el Estado son de categoría única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de Derecho Público que poseen. Dentro de esta tesis hay

quienes admiten igual las potestades por ser inherentes al obrar del Estado y otras que las mesuran de acuerdo con lo determinado en la ley”⁵¹

Lo anotado reafirma lo indicado en párrafos anteriores, esto es, que los contratos estatales tienen un régimen especial, toda vez que buscan el interés colectivo y para el caso de Colombia las potestades exorbitantes o también llamadas cláusulas excepcionales encuentran su fundamento en el derecho positivo, característica especial para los contratos estatales; no obstante lo apuntado, encontramos en contrapartida la garantía del restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor del contratista con el fin de garantizar por un lado, la continua ejecución del contrato y por otro, las expectativas económicas mínimas del ejecutor contractual. Amplia atribución que incluso se encuentra contemplada en el derecho internacional. Continuando con la misma línea podemos observar como característica fundamental del contrato administrativo la potestad unilateral con la que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines encargados.

“La función elemental del contrato radica en originar efectos jurídicos (es decir, obligaciones exigibles), de modo que aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual. En cada país, o en cada Estado, puede existir un sistema de requisitos diferente, pero el concepto básico de contrato es, en esencia, el mismo. La divergencia de requisitos tiene que ver con la variedad de realidades socio-culturales y jurídicas de cada uno de los países, así por ejemplo, existen ordenamientos en que el contrato no se limita al campo de los derechos patrimoniales únicamente, sino que abarca también derechos personales y de familia como, por ejemplo, los países en los que el matrimonio es considerado un contrato. Ubicándonos dentro del cuadro

⁵¹ LINARES JARA, Mario. Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la integración. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2008. p. 181-182.

*de actuación de la administración, encontramos que el gran poder de esta, es su facultad de obrar unilateralmente, pues con fundamento en esa facultad realiza la mayoría de sus actos.*⁵²

Al unísono de lo anterior, la contratación Estatal es definida como un proceso, que debe cumplir a cabalidad una sucesión de etapas o fases, descritas en la ley, en donde la doctrina e incluso la jurisprudencia tienen distintas tendencias; no obstante, coinciden en afirmar que la contratación pública tiene actividades previas y posteriores, por lo que comúnmente estas se agrupan en: Actividades pre-contractuales, contractuales y post-contractuales. Etapas que deben estar acordes con los principios que rigen la contratación pública.

En suma el contrato Estatal, con respecto a lo señalado en el código civil colombiano y la norma especial que rige la materia es un acuerdo de voluntades; para efectos de la administración pública debe constar por escrito (a excepción del contrato de urgencia manifiesta), entre dos o más personas con capacidad jurídica, que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad y a cuyo cumplimiento pueden exigirse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral.

3.2 MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Particularmente en nuestro país en el campo de la teoría general de los contratos que celebra la administración pública, es necesario estar a la par de las últimas actualizaciones con el propósito de poder replicar y producir conocimiento actualizado, puesto que son constantes las modificaciones y regulaciones

⁵² SARRIA CRUZ, Soraya. La Contratación Económica en el Ministerio del Azúcar durante los últimos cinco años. Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso para eumed.net, 2011, p. 20

realizadas al Estatuto General de Contratación; por lo anterior, se tendrá en cuenta por un lado, la Ley 1150 del 16 de julio de 2007 y los Decretos Nacionales 0734 del 13 de abril de 2012, -vigente conforme al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2013⁵³- y el Decreto 1510 de 2013. De modo que, las entidades públicas seleccionaran los contratistas (oferentes o proponentes) a través de las siguientes modalidades descritas a continuación:

“Ley 1150 del 16 de julio de 2007. T I T U L O I. DE LA EFICIENCIA Y DE LA TRANSPARENCIA

Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas (...)” (Subrayas fuera del texto original)

A su turno y en desarrollo de lo anterior, el Decreto Nacional 0734 de 15 abril de 2012⁵⁴. Indicaba:

“TÍTULO III. MODALIDADES DE SELECCIÓN. CAPÍTULO I. De la Licitación Pública. Artículo 3.1.1. Modalidades de selección. De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, las entidades seleccionarán a los contratistas a través de las siguientes modalidades:

1. Licitación pública.
2. Selección abreviada.
3. Concurso de méritos.
4. Contratación directa, y
5. Mínima cuantía.

⁵³ Numeral 2 Artículo 162 del Decreto 1510 de 2013.

⁵⁴ Conforme al artículo 162. Régimen de transición “Aplicación transitoria del Decreto 734 de 2012. Aquellas Entidades Estatales que, por razones operativas derivadas de la necesidad de ajustar sus procedimientos internos de contratación a la nueva reglamentación, consideren necesario continuar aplicando las disposiciones del Decreto 734 de 2012 pueden hacerlo para todos sus Procesos de Contratación durante el periodo de transición que se extiende **hasta el 31 de diciembre de 2013**”

Parágrafo. Para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y responsabilidad contenidos en la Ley 80 de 1993 y los postulados que rigen la función administrativa.”

Luego entonces, conforme al Decreto Nacional 0734 de 2012 hubo un cambio con respecto al número de modalidades de selección, antes cuatro y ahora cinco, a saber: *Licitación pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos, Contratación Directa, y Mínima Cuantía*, las que sigue sosteniendo el Decreto Nacional 1510 de 2013. Veamos:

“TÍTULO I Modalidades de selección

Capítulo I Licitación Pública. Capítulo II Selección Abreviada. Capítulo III Concurso de méritos. Capítulo IV Contratación Directa. Capítulo V Mínima Cuantía”

Definidas sumariamente tenemos: La primera de ellas, la **Licitación Pública**, conforme regulación legislativa es conocida como la regla general o procedimiento a seguir para seleccionar al contratista, en virtud del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 el cual dispone *“Del principio de transparencia. Numeral 1. Derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente...”* y posteriormente, la Ley 1150 de 2007 señala en su Artículo 2°. *“Numeral 1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo”* En tal sentido, es la misma ley quien define tal procedimiento, de la siguiente manera:

“Ley 80 de 1993 artículo 30. Parágrafo.- “Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en

igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable (...)”

Ahora bien, para complementar la definición legal en cita, nos apoyaremos en la doctrina argentina que comparte patrones similares a la legislación colombiana en los siguientes términos:

“Es un procedimiento de selección del co-contratante, que sobre la base de una previa justificación de la idoneidad ética, técnica y financiera de los intervinientes, tiende a establecer la mejor oferta, el precio más conveniente, para la adquisición o enajenación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras.

Variadas son las denominaciones que la doctrina y la legislación le han conferido a esta forma procesal de contratación. En Italia, se llama público incato o asta pública, en España “subasta pública”, “subasta” y “concurso subasta”, en Portugal concurso público; en Francia, adjudication ouverte o adjudication publique.

(...)

La licitación es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato. En otros términos, es un procedimiento de selección del contratista de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta⁵⁵

⁵⁵ Ministerio PPP La Educación Superior. Unidad 5 Actos de la Administración. Universidad Bolivariana de Venezuela. Ensayo.

Así las cosas, la legislación colombiana coincide con la doctrina extranjera en que la licitación pública es un procedimiento administrativo, reglado, por medio del cual la administración pública invita a los interesados a que formulen propuestas, bajo las reglas establecidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para seleccionar la oferta más favorable para la Entidad. Los principios jurídicos esenciales son: La libre concurrencia, toda vez que cualquier persona natural o jurídico o en cualquier modalidad de asocio entre ellas puedan participar en igualdad de condiciones entre los ofertantes.

Por su parte, la **Selección Abreviada** *“Busca imprimir agilidad y eficiencia a la actividad contractual, permitiendo que en determinadas circunstancias se adelante un proceso expedito, preservando la objetividad en la selección. La nueva ley permite adelantar proceso simplificados que garantizan la pluralidad de oferentes y la eficacia de la gestión contractual.”*⁵⁶

En palabras diferentes, es el proceso de selección que se realiza de manera simplificada comparado con la Licitación Pública, lo que nos conlleva a enunciar una particular característica en lo que respeta a un beneficio económico pues, se reducen en tiempos y trámites el proceso de selección. En la mencionada modalidad se agrupan unas causales las cuales son señaladas en un principio por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 pero, finalmente es el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se enuncian las nueve (9) causales de contratación por medio de la cual se selecciona al contratista bajo la modalidad de selección abreviada, y las que son desarrolladas puntualmente en el Decreto 0734 de 2012 y en el Capítulo II del Decreto Nacional 1510 de 2013. Veamos el precepto normativo:

“Ley 1150 de 2007. Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de

⁵⁶ DEL CASTILLO RESTREPO, Edmundo. Reforma a la Contratación Pública. Interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, p. 72.

selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(..)

2. Selección abreviada. *La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.*

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) *La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.*

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos. Ver el art. 3.2.1.1.2 del Decreto Nacional 734 de 2012()⁵⁷ y art. 40 y siguientes del Decreto 1510 de 2013(*)⁵⁸*

b) *La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de*

⁵⁷ (*) Artículo 3.2.1.1. Bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Son bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Por bienes y servicios de común utilización entiéndanse aquellos ofrecidos en el mercado en condiciones equivalentes para quien los solicite. Parágrafos (...)

⁵⁸ Capítulo II Disposiciones comunes para la Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes. Decreto 1510 de 2013.

los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales;

c) *Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;*

d) *La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierta del proceso inicial;*

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La enajenación de los bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, Frisco, se hará por la Dirección Nacional de Estupefacientes, observando los principios del artículo 209 de la Constitución Política y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las recomendaciones que para el efecto imparta el Consejo Nacional de Estupefacientes.

El Reglamento deberá determinar la forma de selección, a través de invitación pública de los profesionales inmobiliarios, que actuarán como promotores de las ventas, que a su vez, a efecto de avalúos de los bienes, se servirán de evaluadores debidamente inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores y quienes responderán por sus actos solidariamente con los promotores.

Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre competencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un

segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta;

- f)** Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; (ahora art. 62 del Decreto 1510 de 2013)*
- g)** Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Ahora artículo 63 del Decreto 1510 de 2013)*
- h)** Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden. Ver el art. 3.2.7.1 del Decreto Nacional 734 de 2012 y artículo 64 del Decreto 1510 de 2013.*

i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional. Ver el art. 3.2.8.1 del Decreto Nacional 734 de 2012, ahora artículo 65 del Decreto 1510 de 2013.”

Como podemos observar sólo si reúnen ciertas cualidades el objeto a contratar puede hacer parte de este proceso de selección simplificado; como por ejemplo por la cuantía, o por la destinación del bien o servicio, entre otros, son aspectos que se deben tener en cuenta al momento de encasillar la modalidad de selección del contratista.

Ahora bien, en relación al **Concurso de Méritos**, la tercera modalidad de selección del contratista contemplada en la ley, y desarrollada por los decretos reglamentarios, tiene aplicación por la especialidad de los servicios a contratar por parte de la Entidad, y tal distinción se proporcionó en el actual Estatuto de Contratación, al diferenciar los procesos cuando se trata de una licitación pública o de un concurso, lo que antes no ocurría, ahora la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario establece una modalidad única para la contratación de trabajo intelectuales o proyectos especializados, como por ejemplo la contratación de consultores o proyectos de arquitectura, diseños de factibilidad o pre factibilidad, de tal forma que lo que se valora son las condiciones técnicas y de calidad de la oferta o proyecto, dando puntaje al mérito, con independencia del costo que representa llevar a cabo el servicio, siempre y cuando la oferta económica no sobrepase el valor del presupuesto oficial estimado para el servicio, el que se debe encontrar respaldado por el certificado de Disponibilidad Presupuestal de la entidad; ahora con el propósito de complementar la anterior noción, se citará al siguiente autor, y posteriormente el fundamento legal. Así:

“En otras palabras, se busca premiar la calidad sobre cualquier otra consideración o variable de ponderación, y en ningún caso se puede tomar

el valor ofertado por el consultor del proyecto de arquitectura, debido a que no es posible evaluar la materia gris con base en el precio.

Formalmente, se retoma la terminología de concurso de méritos que el legislador del Decreto 222 de 1983, utilizaba para referirse a la modalidad de contratación que se implementaba para contratar aquellas consultorías que eran iguales o superiores a \$ 5.000.000 y se elimina el término y el concepto que sobre “concurso” regulaba la Ley 80 de 1993. Sin embargo, la reforma introducida por la nueva ley es mucho más profunda y constituye una de las principales modificaciones que se introducen

(...)

Bajo la nueva legislación se conserva la definición de servicios de consultoría que contiene la Ley 80 de 1993, y es complementada por el párrafo del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, al definir qué se entiende por labores de asesoría y de asesoría técnica del coordinación, control y supervisión.”⁵⁹

Bajo los parámetros del art. 3.3.1.1 Del Decreto Nacional 0734 del mes de abril de 2012, teníamos:

“CAPÍTULO III. Del Concurso de Méritos

Sección I. De las disposiciones generales aplicables al Concurso de Méritos

Artículo 3.3.1.1. Procedencia del concurso de méritos. A través de la modalidad de selección de concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura.

En la selección de consultores la entidad estatal podrá utilizar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación. En este último caso será posible surtir la precalificación mediante la conformación de una lista corta o mediante el uso de una lista multiusos. En la selección

⁵⁹ DEL CASTILLO RESTREPO. Op Cit. p. 72.

de proyectos de arquitectura siempre se utilizará el sistema de concurso abierto por medio de jurados. En ningún caso se tendrá el precio como factor de escogencia o selección.

Cuando del objeto de la consultoría a contratarse se desprenda la necesidad de adquirir bienes y servicios accesorios a la misma, la selección se hará con base en el procedimiento señalado en el presente capítulo, sin perjuicio de la evaluación que la entidad realice de las condiciones de calidad y precio de aquellos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2.2.9 del presente decreto.

En el caso de que el objeto contractual incluya los servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública y selección abreviada, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto, sin perjuicio de lo previsto para la mínima cuantía. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad.

Parágrafo. (...)"

Por su parte, el Capítulo III del Decreto Nacional 1510 del mes de julio de 2013, señala:

“Artículo 66. Procedencia del concurso de méritos. Las Entidades Estatales deben seleccionar sus contratistas a través del concurso de méritos para la prestación de servicios de consultoría de que trata el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y para los proyectos de arquitectura. El procedimiento para la selección de proyectos de arquitectura es el establecido en el Decreto 2326 de 1995, o la norma que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.”

Entre una y otra normatividad hubo unos cambios, uno de ellos consiste en que se eliminaron los conceptos de precalificación con lista corta y lista multiusos a la cual hacía alusión el Decreto 0734 de 2012, además se reducen los términos de la convocatoria pública en cuanto al tema de la notificación de la lista que ahora se surte en la audiencia pública dispuesta para el efecto.

En cuanto a la modalidad de selección denominada por el legislador como la **Contratación Directa**, la excepción a la regla general, se hará alusión de manera más detallada en el numeral próximo a desarrollar observando sus causales y su especial desarrollo; por ahora se indicará que es el procedimiento mediante el cual se celebran los contratos autorizados por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sin que sea necesario la obtención previa de varias ofertas. El citado procedimiento se emplea en los casos descritos en el Capítulo IV del Decreto Nacional 0734 de 2012, (ahora capítulo IV del Decreto 1510 de 2013) a saber: **1.** De los Contratos Interadministrativos, **2.** De la Contratación Reservada al Sector Defensa y la Dirección Nacional de Inteligencia, **3.** De los Contratos para el Desarrollo de Actividades Científicas y Tecnológicas, **4.** De la Contratación Directa cuando no exista Pluralidad de Oferentes, **5.** De los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión y **6.** Del arrendamiento y la adquisición de inmuebles. –Lo que no cambio con el Decreto 1510 de 2013-

“Bajo la nueva reglamentación, la Contratación Directa procede de forma absolutamente excepcional, cuando quiera que por las circunstancias en las que ocurre la contratación no es posible adelantar un proceso público y concurrencial y, por ende, se le debe reconocer la posibilidad de manejo al ordenador del gasto, a efecto de poder cumplir a cabalidad con la misión derivada de la contratación.

En estos caso, el legislador en forma taxativa consagró los eventos en los cuales la entidad puede adelantar el proceso de contratación en forma

*directa, de tal forma que se aplican en forma restrictiva, y sin que sea posible ninguna aplicación extensiva u analógica*⁶⁰

Así las cosas, la selección del contratista mediante la modalidad de la Contratación Directa sólo puede ser desarrollada y llevada a cabo cuando se ve inmersa dentro de las seis (6) causales taxativamente descritas por el legislador, se aplica de manera restrictiva, obviando la mayoría de pasos descritos en las restantes modalidad de selección, como las convocatorias públicas y las audiencias de discusión de los riesgos en el contrato.

Finalmente, encontramos la **Mínima Cuantía**, modalidad de selección que ha sufrido diversos cambios legales en los últimos años, al punto que en un lapso corto de tiempo fue retirado del ordenamiento jurídico y recientemente debemos nuevamente su aparición con el Decreto 0734 de 2012, la cual es desarrollada en el Capítulo V, artículo 3.5.1 y ss y ahora en el capítulo V del Decreto Nacional 1510 del mes de julio de 2013.

La modalidad de selección en cita ha sido reglamentada en varias ocasiones, estableciendo diferentes procedimientos, cuando se trata de adquirir bienes o servicios que no superan su valor del 10% de la menor cuantía de la entidad contratante.

Con el propósito de conocer su desarrollo normativo observemos cómo el siguiente autor hace un recuento histórico de la mínima cuantía hasta la expedición del derogado Decreto Nacional 2474 de 2008, así:

“De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 855 de 1994 cuando la cuantía del contrato no superaba el 10% de la menor cuantía, el mismo se podía celebrar tomando en cuenta los precios del mercado, sin que se

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 144.

requiriera obtener previamente varias ofertas, disposición normativa, que en los mismos términos se reguló en el Decreto No. 2170 de 2002. Algunos confundieron este trámite de selección con la desaparecida disposición del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, reglamentada por el Decreto 679 de 1994 que regulaba el tema de los contratos sin formalidades plenas, que establecía también, con base en los presupuestos anuales de las entidades, los casos en los cuales no había lugar a la celebración del contrato con formalidades plenas.

Por su parte, la nueva Ley 1150 mencionó en algunos de sus acápite la existencia de contratos cuya cuantía no supera el 10% de la menor cuantía, como cuando hace referencia a que estos contratos no requieren registrarse, ni calificarse ni clasificarse en el RUP, ni tampoco requieren para su celebración la constitución de garantías.

El operador reglamentario desarrolló este tema en el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, y retomó esencialmente el mismo concepto que venía de la legislación anterior, esto es, que cuando el valor del contrato sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento según el manual de contratación de la entidad, teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

(...)

Una importante modificación que incluyó el Decreto 2474 de 2008, que no estaba contemplado en el Decreto 066 de 2008, fue precisar que este procedimiento de contratación se aplicaría en forma transversal en la contratación del Estado, lo que significa que se aplica para la adquisición de los demás bienes y servicios contenidos dentro de las causales de Selección Abreviada y en el Concurso de Méritos, cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento de la menor cuantía. Esta modificación se adoptó, dado que se consideró que no existían razones por

las cuales se debía limitar la posibilidad de implementar este mecanismo expedito de contratación en el caso del Concurso de Méritos, en donde la cuantía de la contratación debe imprimir cierta flexibilidad en la misma.

Por otro lado, se varió el concepto que incorporaba la Ley 80 de 1993, esto es, que la contratación se hacía a “precios” de mercado. Hoy la contratación se debe efectuar tomando como única consideración las “condiciones” de mercado. El operador reglamentario utilizó este concepto debido a que se trata de un concepto más amplio que cobija otras variables que podrían incidir en el precio final (...)

Como sucedía bajo la legislación anterior para los contratos sin formalidades plenas, para los contratos de mínima cuantía se permite que el contrato conste por escrito o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante factura representada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra de servicios o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico⁶¹

Posterior a la expedición del Decreto 2474 de 2008 fue suspendida temporalmente la modalidad de selección de Mínima Cuantía para la adquisición de los bienes o servicios cuyo valor fuera igual o inferior al 10% de la menor cuantía por considerar el Consejo de Estado que se desbordó lo querido por el legislador al contemplar una nueva modalidad que no estaba prevista en la ley, lo anterior generó un vacío normativo por un tiempo, y en concepto del Director Jurídico Distrital de la época en donde se indicó:

“En vista que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha suspendido y anulado la normatividad que regulaba un procedimiento diferencial para los

⁶¹ *Ibíd.*, p. 108-109.

procesos contractuales que no superaban el 10% de la Menor Cuantía, es importante concluir:

- a) Los procesos que no superan el 10% de la Menor Cuantía hacen parte de la modalidad de Selección Abreviada en virtud de lo previsto en el literal b) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.*
- b) Actualmente, los procesos de Consultoría que no superen el 10% de la Menor Cuantía tienen regulado un procedimiento especial que se encuentra establecido en el artículo 6 del Decreto 2025 de 2009.*
- c) El artículo 8 del Decreto 2474 de 2008 no prevé ninguna excepción para la obligación de publicación de los procesos que no superen el 10% de la Menor Cuantía, por lo cual se deben publicar en el Portal de Contratación a la Vista y por consiguiente en el SECOP⁶²*

Subsiguientemente, se expidió el Decreto 3576 de 2009 que regulaba la Mínima Cuantía y posteriormente la modalidad de contratación fue establecida en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, reglamentada mediante el Decreto 2516 de 2011 el cual fijaba los parámetros para las adquisiciones de bienes, servicios y obras cuyo valor no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad contratante, independientemente de su objeto, los cuales como consecuencia de la suspensión temporal también fueron suspendidos del ordenamiento jurídico.

Con el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012 y el Decreto 1510 de 2013, se retoma la Mínima Cuantía como modalidad de selección, la cual es definida en el Capítulo V en éste último.

⁶² COLOMBIA. DISTRITO CAPITAL. Concepto: Código Dependencia No. 2214200. Asunto: Concepto sobre la aplicación del fallo de suspensión de los artículos 1° y 2° del Decreto Nacional 3576 de 2009.- Publicaciones en el Portal Único de Contratación a la Vista. De: Director Jurídico Distrital. Subdirectora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos. Para: Doctor Juan Carlos Molano Kishel. Director Distrital de Servicio al Ciudadano.

En conclusión, ha sido la modalidad de selección que más ha sufrido el mayor número de cambios normativos pues, primero se encontraba inmersa dentro de la modalidad de Selección Abreviada, la cual se incluía como causal de contratación. Posteriormente, fue retirada temporalmente del ordenamiento legal y finalmente es definida en el Decreto 1510 de 2013, y a principios del año 2014 se expide el manual para la Contratación directa, el cual es dado a conocer a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, y por destacar encontramos en el documento lo reafirmado anteriormente, esto es, que se trata de un procedimiento expedito y simplificado, que como se dijo, no dista mucho de lo expuesto en la anterior normatividad, el que aplica para los bienes y servicios – sin importar su naturaleza- que su valor sea igual o inferior al 10% de la Menor Cuantía de la entidad, y como características por resaltar encontramos que una vez surtida la invitación pública la carta de la aceptación de la oferta se entiende como el contrato y al igual que en la contratación directa no existe audiencia en donde se discuten los riesgos previsibles en la ejecución del contrato.

3.3 CAUSALES DE CONTRATACIÓN DIRECTA

Pese a que la modalidad de selección del contratista denominada Contratación Directa se aplica de manera restrictiva, excepcional y sólo en los casos enunciados en el Capítulo IV, Sección II *De las Causales de Contratación Directa* del Decreto 0734 de 2012, y ahora en el Capítulo IV del Decreto 1510 de 2013, resulta ser ésta una de las modalidades que alcanzan a superar el 47% de los procesos de mayor utilización por parte de las entidades públicas al momento de seleccionar a los colaboradores de la administración pública - lo anterior según informe rendido por la Contraloría General de la República y otros -.

Lo anterior, debido a que el procedimiento resulta ser más expedito y rápido comparado con las demás modalidades de selección, las cuales requieren de convocatoria pública, mayores tiempos y de la participación de pluralidad de

oferentes, es por ello que se vigila de manera especial la aludida modalidad pues, aunque es permitida de manera excepcional ello no implica que no deba cumplir con los principios que rigen la contratación pública y en especial con el deber de selección objetiva. Ahora bien, las recomendaciones en las que insisten los órganos de control, son las siguientes:

“La Auditoría General de la República en el marco del “Proyecto de Control al Control” de la contratación observó que el 47% de los procesos contractuales de los sujetos vigilados por las contralorías se realizan a través de contratación directa.

(...)

De allí que, a través del presente documento, se recuerden los lineamientos generales para la utilización de esta modalidad de contratación, buscando evitar su aplicación indebida así como la elusión de los procedimientos legales de contratación y, por tanto, la vulneración de la normatividad vigente y la pérdida de recursos del Estado.

La contratación directa debe garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial del deber de selección objetiva, establecidos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en su Sentencia C-949 proferida el 5 de septiembre de 2001, al precisar que la contratación directa no implica la exclusión de las normas y principios que garantizan la escogencia del sujeto que más convenga al Estado, expresó el Tribunal:

“....., no es cierto que dicha clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principios de economía, transparencia y de selección objetiva. Por el contrario, en ella también rigen, para asegurar que en esta modalidad de contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades.”

Por lo expuesto, se invita a los destinatarios de esta Circular a verificar el cumplimiento de los aludidos principios en la contratación directa que

*realizan, especialmente en lo atinente a los argumentos que a continuación se comparten (...)*⁶³.

Como referente histórico encontramos que la estudiada modalidad de selección tiene antecedentes en todos los estatutos contractuales que ha tenido la legislación colombiana, desde el Decreto-Ley 150 de 1976, Decreto-ley 222 de 1983- posteriormente la Ley 80 de 1993, el Decreto 0734 de 2012 y el recién expedido Decreto 1510 de 2013; toda vez que el Congreso encomendó al reglamento el desarrollo de su procedimiento de selección. Veamos:

“Al asumir el Gobierno esta tarea, que cumplió principalmente con la expedición de los decretos 855 de 1994 y 2.170 de 2002 –con algunas modificaciones en varios decretos adicionales-, se establecieron distintos procedimientos de selección para las distintas causales: en unas se exigían dos ofertas, en otras tres, y para otras sólo una; entre otras opciones que con libertad configuró el reglamento.

Actualmente, la ley 1.150 de 2007 modificó de manera fuerte la contratación directa, y actuó de la siguiente forma: tomó las 13 causales que existían y las dividió en dos grupos: i) uno lo continuó llamando contratación directa, y ii) otro lo denominó selección abreviada. Pero el legislador no se limitó a reorganizar y agrupar las causales existentes, porque creó otras. Algunas nuevas las incorporó a la lista de la contratación directa y otras a la de la selección abreviada. Es así como, la sumatoria de las causales de ambas modalidades asciende a 18, nueve en cada modalidad.

La razón por la que el legislador obró así es bastante clara. Buscó ordenar las modalidades de selección, empezando por su nombre, pero sobre todo para homogeneizar las causales que contenían –cuando este era el caso-, de allí que se denominaran conforme a su finalidad y propósito. Por esto

⁶³ COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. Circular Conjunta No. 014 (01, junio, 2011). Contratación Directa-leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Ver Concepto de la Secretaría General No. 31718 de 2011. Bogotá, 01 de junio de 2011.

llamó contratación directa a aquella forma de escoger al contratista donde no es necesario que la administración obtenga dos o más ofertas, toda vez que es la única manera de entender que de verdad la contratación es directa. Si necesitara varias propuestas, la modalidad no sería esta, ya que la expresión contratación directa debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, de no ser así no sería directa. Este fue el problema nominal que tuvo la ley 80, como quiera que recogía bajo este nombre muchas causales donde se exigían varias ofertas –incluso hasta 10, como en la menor cuantía-, por ello nada tenía de directa la elección.

(..)

Pero no sólo de aquí se deduce lo que se viene expresando. Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario, la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse -en este último caso- a suscribir directamente el contrato⁶⁴.

Ahora bien, y ya para entrar en materia, las causales para acudir a la selección del contratista de manera directa, se encontraban tipificadas en la Sección II del Decreto Nacional 0734 de 2012 y ahora se relacionan en el Capítulo IV del decreto Nacional 1510 de 2013, a las que se hará alusión en seguidas líneas, así:

Artículo 76. Convenios o contratos interadministrativos. *La modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 73 del presente decreto.*

⁶⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ref. Acción de Nulidad Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá, 7 de marzo de 2011. No. Interno 37.044.

Cuando la totalidad del presupuesto de una entidad estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las entidades estatales.

Los contratos celebrados entre entidades estatales donde el objeto de la entidad tiene relación directa con el servicio contratado son comúnmente denominados convenios y/o contratos interadministrativos. En un principio esta causal de selección se había convertido en una forma mediante la cual las entidades estatales al adquirir bienes o servicios eludían el procedimiento de licitación pública o selección abreviada pero, posteriormente y con el propósito de ponerle fin a esta mal práctica se incluyeron cambios radicales en la Ley 1150 de 2007 *modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011*, señalando que debían tener ambas entidades una relación directa y estricta con el objeto a celebrarse, lo que permitió limitar el uso de la causal para contratar bienes o servicios. Desarrollo de lo anterior, lo encontramos en el derogado Decreto 0734 de 2012, artículo 3.4.2.1.1 el cual indicaba que podrían ejecutar contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargo fiduciario y fiducia pública siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada, y acrediten la capacidad requerida para el efecto.

Atendiendo al orden del articulado encontramos la Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.

Decreto 1510 de 2013. Artículo 78. Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las entidades

estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas.

Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición:

- 1. Armas, sistemas de armamento y sus repuestos, municiones, elementos para la instrucción de las mismas, manejo, incluyendo los elementos contra motines, torpedos y minas, herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento de estos y estas.*
- 2. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.*
- 3. Redes, sistemas de información y comunicaciones, incluyendo hardware y software, servicios y accesorios, infraestructura para la ciberdefensa y ciberseguridad informática y física, incluyendo la consultoría, el diseño, las metodologías de análisis, implementación y configuración, requeridos para el Sector Defensa y la Dirección Nacional de Inteligencia.*
- 4. Naves, artefactos navales y fluviales, y aeronaves, y cualquier otro equipo para el transporte aéreo, marítimo o fluvial requerido para la defensa nacional, así como sus accesorios, repuestos, elementos de su operación y funcionamiento, combustible y lubricantes.*
- 5. Vehículos militares y policiales de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del Sector Defensa, de la Dirección Nacional de Inteligencia.*
- 6. Servicios de transporte especializado que requieren reserva para garantizar la vida y la integridad de personas protegidas por la Unidad Nacional de Protección.*

7. *Material blindado y la adquisición de vehículos para blindar para el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva.*
8. *Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el Sector Defensa.*
9. *Los bienes, obras y servicios relacionados con la señalización y las ayudas de navegación aérea, marítima y fluvial, con sus accesorios, repuestos y demás insumos para su operación, información técnica tendiente a proteger y salvaguardar los límites y fronteras y garantizar la soberanía, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, así como las compras y los contratos relacionados con proyectos de ciencia y tecnología destinados a establecer la conformación física y morfológica del territorio nacional para su defensa.*
10. *Los bienes, obras y servicios que tengan por finalidad garantizar la vida e integridad del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.*
11. *Los bienes y servicios para la administración, conservación, clasificación, ordenación, guarda y sistematización de los archivos generales como de inteligencia que hacen parte del Departamento Administrativo de Seguridad en supresión y de la Dirección Nacional de Inteligencia.*
12. *Los bienes y servicios que por razón de su especificación técnica permiten mantener líneas logísticas estandarizadas con equipamiento existente de la Fuerza Pública, sin consideración de marcas u origen.*
13. *Equipo y vestuario con funcionalidades orientadas a la protección personal, balística, nuclear, biológica o química y textiles con acabados funcionales especiales para la confección de vestuario.*
14. *Las obras públicas que tengan relación directa con la defensa y seguridad nacional, inteligencia y contrainteligencia, la seguridad de las instalaciones, la integridad del personal y de las operaciones de la Fuerza*

Pública y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como las consultorías e interventorías relacionadas con las mismas.

15. Los bienes, obras y servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento del personal de la Fuerza Pública, de la Unidad Nacional de Protección y de la Dirección Nacional de Inteligencia, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la defensa, la seguridad nacional, inteligencia y contrainteligencia.

16. Los bienes, obras y servicios derivados de la compensación a cargo de países y proveedores de los bienes y servicios previstos en el artículo 65 y en el presente artículo. Estos bienes y servicios deben ser adquiridos a través de convenios de cooperación industrial y social, llamados offset, que tienen como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país.

17. Los bienes, obras y servicios para garantizar la defensa y seguridad de la infraestructura petrolera, minera, energética, vial, de comunicaciones y para la erradicación de cultivos ilícitos, incluyendo la dotación de las unidades militares comprometidas en esta tarea y los equipos, elementos y servicios necesarios para garantizar su permanencia y operación en las áreas objeto de protección.

18. Los servicios de mantenimiento de los bienes, obras y servicios señalados en el presente artículo y las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

19. Los equipos de inteligencia, los estudios de confiabilidad y credibilidad para personal de inteligencia y la consultoría e interventoría en materia de inteligencia.

20. Los bienes y servicios enumerados en el presente artículo contratados con personas extranjeras de derecho público, o con proveedores autorizados por estas.

Es así, como el legislador optó por determinar los veinte (20), y antes con el Decreto 0734 de 2012 dieciséis (16) eventos de aquellos bienes y servicios que requieren realmente una reserva para su adquisición, los que son enunciados en el artículo en cita, en los que se selecciona al contratista de manera directa, sin la necesidad de obtener previamente de varias oferta y tomando como única consideración la adquisición en condiciones del mercado.

Lo anterior, obedece a que las condiciones técnicas del bien o servicio a contratar no pueden ser relevadas y de ser así implicaría un riesgo para la defensa y seguridad nacional y por eso mismo no requieren ser publicados ni convocados.

Posteriormente, encontramos la causal para contratar los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. En tal sentido, ésta se encuentra establecida legalmente, para los casos taxativamente regulados en el Decreto Ley 591 de 1991 y conforme lo indica el artículo 79 del Decreto 1510 de 2013.

En lo que respecta a la contratación directa cuando no existe pluralidad de oferentes tenemos que los casos para seleccionar al contratista de manera directa se encuentran enunciados específicamente en el artículo 80 del Decreto 1510 de 2013, y va dirigido a verificar las dos circunstancias en las que se pueden encontrar tanto las personas naturales como jurídicas, en palabras diferentes, el oferente goza de exclusividad para la prestación del servicio, el bien o el suministro del bien solicitado. Veamos:

Decreto 1510 de 2013. Artículo 80. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional.

Estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación.

Ahora bien, en cuanto a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, tema principal de la presente investigación, se hará alusión a esta casual de manera detallada en el siguiente numeral del presente capítulo, por ahora sólo citaremos la norma del Decreto Nacional 0734 de 2012 y posteriormente del Decreto 1510 de 2013, que lo contemplan, así:

“Decreto 0734 de 2012. Artículo 3.4.2.5.1. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el acto administrativo de que trata el artículo 3.4.1.1 del presente decreto.”

Decreto 1510 de 2013. “Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.

Finalmente, dentro de la causal de los contratos de arrendamiento y adquisición de inmuebles, del que se puede hacer uso previa elaboración de los estudios previos y de las autorizaciones a que haya lugar, y como particularidad se tiene que las entidades estatales solicitarán un avalúo comercial que servirá como base de la negociación. Así mismo, es importante tener en cuenta que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece que los temas no regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se regirán por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes. *“Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las*

disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. (...)

Como consecuencia de lo anterior, cuando se requiera se debe hacer uso de las disposiciones civiles y comerciales que regulan la materia, como por ejemplo la Ley 820 de 2003 en materia de arrendamiento de vivienda urbana y las normas comerciales en el arrendamiento de locales, en lo que expresamente no esté regulado por Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013, los define de la siguiente manera:

Artículo 82. Adquisición de bienes inmuebles. *Las entidades estatales pueden adquirir bienes inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:*

- 1. Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la entidad estatal.*
- 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.*
- 3. La entidad estatal puede hacer parte de un proyecto inmobiliario para adquirir el bien inmueble que satisfaga la necesidad que ha identificado, caso en el cual no requiere el avalúo de que trata el numeral 1 anterior.*

Artículo 83. Arrendamiento de bienes inmuebles. *Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:*

- 1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.*
- 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento,*

análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.”

Para terminar se indicará que las seis (6) causales de contratación directa solo fueron enunciadas a efectos de conocer los eventos excepcionales por medio de los cuales puede acudir la administración para contratar directamente sin que sea necesario obtener varias ofertas. En ese orden de ideas, el presente estudio sólo se centrará en una de las causales descritas, la cual hace alusión a los servicios profesionales y de apoyo a la gestión, la que será observada en seguidas líneas.

3.4 DESARROLLO LEGAL Y DOCTRINAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN

Teniendo en cuenta la particularidad de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión es necesario hacer alusión a la naturaleza y el desarrollo legal y doctrinal que ha tenido; es por ello, que realizaremos un recorrido cronológico del régimen legal en Colombia, indicando desde ahora que tal causal de contratación directa ha sido reglamentada en pluralidad de ocasiones y que la misma ha tenido dos concepciones.

Posteriormente, abordaremos la aplicación en cuanto a los riesgos previsibles que afectan el equilibrio económico en los contratos de prestación de servicios profesionales.

Es así como a pesar de existir diferencias marcadas en los decretos reglamentarios, entiéndase el 066 de 2008, el 2474 de 2008, el 0734 de 2012 y ahora el Decreto 1510 de 2013, en cuanto al entendimiento de los servicios profesionales y particularmente del denominado *de apoyo a la gestión*; también, existen similitudes en cuanto a su procedimiento, por ejemplo la Entidad Pública contratante debe verificar previamente a la celebración del contrato que no exista

personal de planta o de existir personal resulte insuficiente para llevar a cabo la labor que se pretende contratar y la persona natural o jurídica debe demostrar la idoneidad y experiencia solicitada y requerida por la Entidad.

Ahora bien, observemos el desarrollo normativo que ha tenido desde la vigencia de la Ley 80 de 1993 y hasta el Decreto 2474 de 2008, en palabras del doctrinante Castillo Restrepo Edmundo.

“Como es bien sabido, bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, los trabajos artísticos y los contratos de prestación de servicios profesionales se podían contratar en forma directa, entendiendo por estos últimos aquellos que celebra la entidad para “Desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” siempre y cuando no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. El Decreto 2170 de 2002, había precisado que la contratación se podía hacer en forma directa, sin que fuese necesario obtener varias ofertas, como inicialmente había sido regulado por el Decreto 855 de 1994, el cual había establecido la necesidad de obtener por lo menos dos (2) ofertas, salvo cuando la entidad (1) las hubiese solicitado y sólo hubiese recibido una de ellas (ii) no existían en el lugar varias personas que podían proveer los bienes o servicios, de acuerdo a la información que había obtenido (iii) se tratará de contratos intuitu personae y cuando (iv) la necesidad inminente del bien o servicio no permitían solicitar varias ofertas, casos en los cuales se podía contratar directamente.

Esta norma tiene como fundamento satisfacer la necesidad del servicio que requieren las entidades públicas para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades determinadas, cuya ejecución puede encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas externas, cuando no exista personal de planta suficiente para ello. La nueva ley introduce el concepto de “apoyo a la gestión” concepto que ya había sido

introducido por el Decreto 2170 de 2002 y que el Consejo de Estado había considerado ajustado a derecho, pero condicionado a una interpretación, cual es, la siguiente: “(...) Una segunda (hablando de interpretación del articulado) ajustada a la ley y conforme a la cual la referencia a la celebración de contratos de servicios de apoyo en el contexto del capítulo III que reglamenta la selección objetiva en la Contratación Directa, debe entenderse en relación con los contratos de servicios de apoyo que versen sobre actividades “...profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas...” los cuales son los únicos que pueden ser contratados directamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 numeral 1 letra de de la Ley 80 de 1993⁶⁵

Con base en esta interpretación el apoyo estaba ligado a la contratación de servicios profesionales o a la ejecución de trabajos artísticos o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

Sobre el particular, la nueva ley estableció textualmente como una causal de contratación directa “Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

Esta disposición normativa fue reglamentada en forma disímil por el Decreto No. 066 y el Decreto No. 2474 de 2008. En la primera aproximación que se tuvo de la norma, el Gobierno Nacional interpretó que el servicio de apoyo a la gestión sería aquel “En los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la

⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Citado por: DEL CASTILLO RESTREPO. Op Cit. p. 152.

intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales”.

Es decir, que con base en esta reglamentación, la entidad en un momento dado tenía la posibilidad de contratar personal para apoyar su gestión, en momentos en que las exigencias laborales y operativas así lo exigieran. El ejemplo clásico de ello puede ilustrarse con la contratación de digitadoras por un periodo de 15 días, cuando las necesidades del servicio, así lo exigían. Por la naturaleza de la gestión encomendada-actividades materiales y no calificadas-, no se requería que la persona natural o jurídica contratada para tales efectos fuese un profesional. Sin embargo, este alcance inicial de la norma fue revaluado por el Gobierno Nacional por cuanto no se detectaron posiciones dentro de la administración que interpretaban en forma excesivamente amplia el concepto de “apoyo a la gestión”, en virtud del cual, incluso, el servicio de vigilancia, quedaría incluido dentro de este concepto.

Lo anterior, así como la redacción del legislador en la Ley 1150 de 2007 y la posición que de interpretación que el Consejo de Estado había dado de la norma equivalente en el Decreto No. 2170 de 2002 dio lugar a que el Decreto 2474 de 2008 estableciera que los “Servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se deriven del cumplimiento de las funciones de la entidad.” Al calificarse el apoyo a la gestión dentro de un ámbito intelectual, se liga este concepto a la prestación de un servicio profesional, excluyéndose por ende, por ejemplo, que mediante este procedimiento de selección, se contrate en forma directa a las digitadoras que anteriormente se mencionaron”⁶⁶

⁶⁶ DEL CASTILLO RESTREPO. Op Cit. p. 150-153.

Por destacar del autor en cita tenemos que en vigencia del Decreto Reglamentario 066 de 2008, artículo 81(*)⁶⁷, el cual fue derogado por el Decreto Nacional 2474 de 2008 el concepto de apoyo a la gestión era visto de manera distinta, entendido como aquel en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad. Luego entonces, fue evidente el cambio de contenido que hubo entre el concepto de los servicios profesionales y de apoyo a la gestión del Decreto 066, con el artículo 82 del Decreto 2474, en donde los *“servicios de apoyo a la gestión” corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.*”

Conforme al análisis realizado por el Consejo de Estado, sobre la causal de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, se indicó que:

“En este orden de ideas, la Sala considera ajustado a la ley el art. 82 del decreto reglamentario 2.474 de 2008, en tanto que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión -aquellos donde prevalece la actividad intelectual- se pueden realizar directamente. Cosa distinta acontece con los demás contratos de prestación de servicio que no tengan como base la realización de tareas intelectuales, sobre los cuales no se pronuncia la Sala en esta ocasión, porque no se enmarcan en el estudio de legalidad realizado hasta ahora, y por tanto deben seguir las

⁶⁷ (*) "Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar.

Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

Los servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales."

demás reglas de contratación, que en cada caso analizará la entidad estatal, para determinar cuál de todas es aplicable – licitación, selección abreviada, u otra causal de contratación directa-.

Finalmente, el actor también consideró que la norma demandada violaba igualmente los principios de economía y selección objetiva, por las mismas razones analizadas hasta ahora –es decir, por la posibilidad de contratar a una persona sin obtener previamente varias ofertas-. Este cargo tampoco prosperará, por las siguientes razones:

Porque si bien es cierto que en todos los procesos de selección de contratistas rigen los principios de la contratación estatal –incluso los de la función administrativa (art. 209 CP.)-, eso no significa que lo hagan de manera idéntica siempre, como parece entenderlo el actor. Es decir, que la publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos.

Es así como, se sabe que la licitación utiliza esos principios –y otros más- de manera ampliada, casi hasta los límites posibles de cada uno, pues el contexto en el que se aplican y las etapas donde se desenvuelven, lo facilitan y lo exigen. No obstante, en la contratación directa no se puede pedir la misma intensidad de aplicación, como lo sugiere el actor. Se sabe que en un espacio más reducido -porque en la contratación directa el procedimiento prácticamente está simplificado a su mínima expresión-, la selección objetiva no puede ser idéntica a la que rige en la licitación, donde cualquier persona tiene la posibilidad de presentar ofertas. Lo mismo puede

decirse de la publicidad o de la igualdad, y en general de los demás principios legales o constitucionales.”⁶⁸

En efecto, la selección objetiva del contratista mediante la contratación directa, no cumple el mismo procedimiento exigido en la licitación pública -donde hay presentación de una pluralidad de ofertas-, toda vez que en la modalidad de contratación directa existe un solo participante. No obstante lo manifestado, ello no significa que no deba garantizar la objetividad en la escogencia del contratista. Simplemente, cabe en el proceso simplificado que la ley y el reglamento establecieron. Esto es, se requiere de los requisitos de idoneidad y experiencia, los que son certificados por el ordenador del gasto de cada entidad pública contratante.

Posteriormente, se expide el Decreto 4266 del 12 de noviembre de 2010, en donde el artículo 1°. Modificó el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, allí se amplía el concepto de *apoyo a la gestión*, en el sentido que son entendidos aquellos servicios relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. Veamos:

El artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, quedará así: “Artículo 82. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se

⁶⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ref. Acción de Nulidad. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá, 7 de marzo de 2011. No. Interno 37.044.

trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato”.

Lo anterior amplió el concepto que se venía dando con el Decreto 2474 de 2008, en donde eran entendidos solo los servicios de carácter intelectual. Finalmente, se expide el Decreto Nacional 0734 de 2012 y posteriormente el Decreto 1510 de 2013, que recoge lo indicado por el derogado Decreto 4266 de 2010, e indican lo siguiente:

“Decreto 0734 de 2012. Artículo 3.4.2.5.1. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el acto administrativo de que trata el artículo 3.4.1.1 del presente decreto.

“Decreto 1510 de 2013. Artículo 81. *Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.

Como podemos observar de la simple lectura de las dos normatividades en cita hubo un cambio en cuanto a que se puede acudir a dicha causal siempre y cuando la Entidad Estatal verifique del contratista la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate, y antes la revisión del requisito hacía referencia a la idoneidad y experiencia requerida y relacionada. Como consecuencia, ahora se requiere del cumplimiento de cualquiera de los dos,

esto es, de la idoneidad o experiencia relacionada para la labor que se pretenda contratar.

En conclusión, las características insoslayables de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión son las siguientes: **1)** Particularmente los servicios profesionales son de carácter y desarrollo netamente intelectual que realice el contratista; **2)** La temporalidad, que se refiere al plazo limitado pero indispensable para ejecutar el objeto pactado; **3)** La autonomía, que hace referencia a la independencia del contratista frente a la administración, que no puede imponerle una continuada dependencia o subordinación valga decir, exigirle un cumplimiento similar al de un servidor, sin perjuicio de la necesaria coordinación para la acertada ejecución de la prestación; y **4)** según las dos últimas disposiciones legales comprende tanto los servicios profesionales de carácter intelectual y los apoyos a la gestión son los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales para la entidad contratante.

3.5 EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y LA TEORÍA DEL RIESGO

Adelantándonos un poco al desarrollo del siguiente capítulo y a las conclusiones, indicaremos por ahora que el contrato estatal de prestación de servicios es entendido como la expresión de una función administrativa del Estado, esto es, como el instrumento mediante el cual la entidad estatal, con el concurso de un tercero denominado contratista, presta un servicio, para nuestro estudio, de carácter profesional.

El contrato de prestación de servicios profesionales, conforme lo vimos, consolida una obligación de hacer, basada en la experiencia y formación profesional del contratista. El objeto contractual es por naturaleza temporal pues, para el ejercicio de funciones permanentes la administración debe acudir al personal de planta. Las

prestaciones deben desarrollarse dentro de un marco de autonomía e independencia por parte del contratista que desarrolla la labor para la cual fue contratado. En palabras resumidas, es el instrumento para satisfacer necesidades públicas y es el negocio jurídico de colaboración inter partes.

Así las cosas, tenemos que se trata de un contrato conmutativo- sinalagmático en donde existen prestaciones y derechos recíprocos. Ahora bien, la asignación de riesgos previsible en el contrato de prestación de servicios profesionales no impacta necesariamente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales acordadas, pues, al momento de configurarse el riesgo, se debe respetar el principio de conmutatividad del contrato estatal. En ese orden de ideas, dentro de la asignación del riesgo previsible a ninguna de las partes puede imponérsele cargas excesivas que tengan la potencialidad de romper la simetría entre los derechos y obligaciones recíprocas pactadas.

De hecho, un acontecimiento previsible (tipificación del riesgo) se concreta en una de las obligaciones surgidas del contrato, lo que implica una simetría en relación con el costo económico de las prestaciones pactadas. Al respecto, la siguiente sentencia de constitucionalidad –teoría que aún aplica- sirve de fundamento para corroborar lo afirmado en el sentido de que sólo los riesgos previsible que afecten el equilibrio económico del contrato son susceptibles de ser tipificados, asignados y estimados mientras que frente a los imprevisibles es la entidad pública contratante la que debe garantizar el restablecimiento de las circunstancias pero, cuando se habla de riesgos previsible, estos deben ser asignados a la parte que mejor los pueda controlar, convirtiéndose en parte de sus obligaciones en la relación contractual. Veamos:

“El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento

de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa.

(...)

No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual.

Por otra parte, en el marco de los contratos bilaterales, la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones juega también un papel preponderante en cuanto permite detectar aquellas irregularidades surgidas a lo largo de la relación contractual, esto es, tanto las que se presentan al momento del surgimiento del contrato como las acaecidas durante el periodo de ejecución del mismo. Así, en el principio de proporcionalidad encuentran sustento válido instituciones tales como las nulidades derivadas del objeto ilícito, la teoría de los vicios ocultos, el incumplimiento de las

obligaciones contractuales, la responsabilidad contractual o la onerosidad excesiva y sobreviniente.

(...)

En nuestro derecho positivo, al margen de la previsiones específicas que sobre la materia regulan los artículos 4º, 5º-1, 14-1 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 27 de ese mismo ordenamiento, a la manera de cláusula general, fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídico contractual por causas ajenas al contratista, al disponer que: "en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."

Bajo este supuesto, se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, **cuando la igualdad de las prestaciones -derechos y obligaciones contractuales- se vean afectadas si sobrevienen hechos imprevistos o de suficiente identidad durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato -áreas anormales o extraordinarios-, ya sea que éstos procedan de fenómenos administrativos (poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual), coyunturales (causas económicas, políticas o sociales) o naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles).** En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, -se ha dicho ya- justifica la traslación de los riesgos

extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, **con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades**⁶⁹(Negrillas y subrayas fuera del texto original.)

Por consiguiente, el principio de conmutatividad y equilibrio encuentra su sustento válido en instituciones tales como las nulidades derivadas del objeto ilícito, la teoría de los vicios ocultos, el incumplimiento de las obligaciones contractuales y el acontecimiento de circunstancias sobrevinientes.

Tenemos que la ecuación contractual puede ser violada desde el mismo surgimiento del contrato, lo que significa que el acto de configuración del riesgo previsible puede por sí mismo violatorio el principio de conmutatividad del contrato. De tal manera que ni el particular contratista ni la entidad pública contratante pueden convertirse en destinatarios de cargas desequilibradas en la asignación de riesgos y si alguna de ellas asume riesgos por encima de los usuales, corrientes y previsible, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina, debe ser beneficiado con prestaciones adicionales a las contempladas inicialmente.

Lo que pretendemos dilucidar es que la teoría del riesgo previsible en este tipo de contratos surge precisamente para poder controlar las contingencias previsible, las que se pueden ajustar y en caso de presentarse no conllevan al restablecimiento del equilibrio económico de la persona afectada por parte de la entidad contratante a no ser que así se convenga.

La Ley 1150 de 2007, al establecer la necesidad de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsible en el pliego de condiciones definitivo pretendió *“Busca con esta medida que las partes dejen claras las reglas para cuando se presenten estas*

⁶⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 892 del 22 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

contingencias, de suerte que se reduzcan las controversias judiciales y extrajudiciales, así como también a lograr que las partes del contrato puedan hacer las provisiones indispensables para mitigar los riesgos que asuman. Del mismo modo, debe constar en el pliego de condiciones la justificación de su inexistencia en aquellos procesos de selección en los que por su objeto contractual no se hallen o descubran⁷⁰ (Subrayas fuera del texto original).

Repetimos que así las cosas, es aquí en donde se presenta otro aporte a la investigación jurídica de parte nuestra, al brindar una herramienta legal que justifica la inexistencia de riesgos previsibles para este tipo de contratos.

⁷⁰YONG SERRANO. Manuel. El contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, págs. 79-80.

CAPÍTULO IV

4 DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

4.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LA DISCUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Hemos observado que la tipificación, estimación y asignación de los riesgos es desarrollo de la norma contenida en la Ley 1150 de 2007, la cual contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de éstos, a saber: 1) La necesidad de que las entidades públicas hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; 2) Que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares (oferentes-contratistas) en virtud del deber de colaboración con la administración pública que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado y 3) Que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en la ejecución del contrato, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual. Como se ve, tenemos que la normatividad pretende que las entidades públicas contratantes junto con los posibles oferentes discutan y asignen los riesgos desde antes de legalizar el contrato.

Luego entonces, y como se ha ilustrado en capítulos anteriores, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han indicado que resulta de real trascendencia tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles en el contrato estatal lo anterior, con el fin de prevenir situaciones que puedan afectar el desarrollo normal del contrato y

evitar al máximo el reconocimiento del desequilibrio económico que pueda causar por ende, se asignan a la parte que mejor los pueda controlar.

No obstante lo anterior, a primera vista se puede decir que los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 no han sido consecuentes con lo indicado en las leyes pues, en la actualidad sólo para una de las modalidades de selección del contratista resulta de obligatorio cumplimiento discutir los riesgos entre la entidad contratante y los oferentes, como se verá más adelante.

Es así, como se afirmara por ahora, que no existe una igualdad entre las modalidades de selección del contratista con respecto a la discusión de los riesgos previsible en el contrato, pese a que resulta de real importancia conocerlos y asignarlos antes de dar inicio a la relación contractual. Veamos entonces cómo cada modalidad de selección del contratista los contempla.

El derecho positivo contractual tuvo que amoldarse a las nuevas necesidades contemplando no sólo los riesgos imprevisibles sino también los previsible que se pudieran presentar en desarrollo del contrato, a fin de poder mitigar su impacto y distribuirlos a la parte que mejor los pudiera soportar.

4.1.1 Licitación pública. La Licitación Pública es la regla general de selección del contratista, y como lo vimos, es la modalidad que contiene el mayor número de procedimientos en cuanto al desarrollo del principio de transparencia y publicidad.

Ahora bien y en la vista conceptual, en cuanto a la cualificación y cuantificación de los riesgos previsible estos deben ser contemplados desde los estudios previos y su materialización no deberá alterar el equilibrio financiero del contrato. Por lo anterior, los riesgos durante el proceso de selección a través de la Licitación Pública deben ser discutidos junto con los posibles proponentes en audiencia

pública, tal obligación se encontraba contemplada en el derogado Decreto 2474 de 2008, el cual indicaba:

“Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego” (Subrayas fuera del texto original)

Posteriormente, con la expedición del Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012, se retomó el tema y se volvieron a contemplar los riesgos previsibles dentro del procedimiento de Licitación Pública, aunque de una manera más amplia en el sentido de que debe incorporarse cualitativa y cuantitativamente la posibilidad de

impacto y la probabilidad del riesgo previsible. Observemos lo señalado en el articulado:

Decreto 0734 de 2012. Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsible. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales.

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren. La presentación de las ofertas implica la aceptación, por

parte del proponente, de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en el respectivo pliego” (Subrayas fuera del texto original)

Finalmente, con el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 se establece en el artículo 39, que para la modalidad de licitación pública son obligatorias las audiencias de: (a) asignación de Riesgos, y (b) adjudicación.

“Artículo 39. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de riesgos. En la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva. La entidad estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones: (...)” (Subrayas fuera del texto original)

Así las cosas, en la audiencia se define qué clase de riesgos son lo que deben ser identificables y cuantificables descartando los imprevisibles del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y haciendo alusión a los que puedan afectar el equilibrio económico del contrato y por supuesto que pueden preverse antes de dar inicio a la relación contractual, y deberá señalar finalmente la parte contractual que los soportará total o parcialmente con el fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

De todo lo anterior deben pronunciarse los interesados en presentar oferta dentro del proceso de selección, teniendo dos momentos para ello, el primero, en las observaciones al pliego de condiciones o segundo, en la audiencia obligatoria

convocada para el efecto –audiencia de asignación de riesgos-, y hoy, conforme al artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, obligatoria dentro del procedimiento de Licitación Pública.

Una vez discutidos los riesgos en audiencia pública la entidad contratante deberá levantar un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida y por ende, allí se deberá definir el porcentaje y la forma en que la parte contractual asume el riesgo; acta que deberá ser publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, con la finalidad de que los asistentes y los no asistentes a la audiencia conozcan la forma en que fueron cuantificados, cualificados y asignados los riesgos previsibles durante el proceso pre contractual, y no sean tomados por sorpresa al momento de la suscripción del contrato una vez sea concluida la etapa pre contractual.

En conclusión, resulta de obligatorio cumplimiento discutir entre la entidad pública contratante y los posibles oferentes (probablemente incluido el futuro contratista) los riesgos previsibles del contrato en la audiencia pública, los que serán publicados en el pliego de condiciones definitivo del proceso de selección y en acta que para ello se levanta. Procedimiento a nuestro modo de ver garantista y desarrollo de los principios de transparencia y publicidad porque permite de manera obligatoria la participación conjunta de las partes en cuanto a la asignación de los riesgos del contrato a celebrarse.

4.1.2 Selección Abreviada y Concurso de Méritos. Subráyese que unimos las dos modalidades de selección en cita -Abreviada y Concurso de Méritos- porque pese a que los procedimientos y la naturaleza de las mismas son diferentes, éstas convergen en la forma en que se discuten y asignan los riesgos previsibles con los posibles proponentes durante el desarrollo del proceso pre contractual.

En primera instancia, encontramos que conforme al derogado Decreto 0734 de 2012 para las dos modalidades de selección se debía indicar en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones la probabilidad de impacto de manera cuantitativa y cualitativa de los riesgos previsibles y la parte contractual que deberá controlarlos; como consecuencia de lo anterior, los posibles oferentes conocían antes de concluir el proceso de selección la forma en que la entidad pública contratante los ha tipificado, valorado y asignado. Segundo, el artículo 2.1.2 del Decreto 0734 de 2012 establecía que para las demás modalidades de selección con excepción de la Licitación Pública, entiéndase la Selección Abreviada y el Concurso de Méritos, entre las cinco contempladas en el artículo 3.1.1, la audiencia de aclaración de pliegos de condiciones y discusión de los riesgos previsibles se llevará a cabo de manera voluntaria cuando la entidad pública contratante así lo considerará y en caso de realizarse deberá levantar un acta que dé cuenta lo discutido. El artículo referido del Decreto 0734 de 2012, indicaba:

Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsibles (...)

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida. (Subrayas fuera del texto original)

Anteriormente el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 (*)⁷¹ indicaba que los interesados en presentar ofertas debían pronunciarse sobre los riesgos previsibles dados a conocer por las entidades (en cuanto a su tipificación, estimación y asignación) en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantaría un acta que evidenciará en detalle la discusión acontecida. Sin embargo, la norma en cita no hacía alusión a las otras modalidades de selección del contratista como la Abreviada y el Concurso de Méritos en cuanto al momento en que se debían discutir los riesgos previsibles. No obstante lo anterior, era claro que la tipificación, estimación y asignación de los riesgos debían constar en el pliego definitivo.

Con el Decreto 1510 de 2013, éste guardo silencio frente al tema, pues de manera general impuso la obligación a las entidades de evaluar los riesgos en la contratación y concreto su discusión de manera obligatoria para la modalidad de licitación pública dejando al parecer la voluntariedad en las demás modalidades de selección. A manera de conclusión tenemos que la discusión de los riesgos previsibles en audiencia pública, contemplados desde los estudios previos, no es de obligatorio cumplimiento; pero, la entidad pública contratante debe indicar por qué se tienen previstos o no y por ende debe estar justificada su omisión. Por resaltar, encontramos además que los riesgos hacen parte tanto del proyecto del pliego de condiciones y en una posterior etapa del pliego definitivo; así las cosas, la cuantificación y cualificación de los riesgos son conocidos por los interesados en presentar oferta dentro del proceso de selección, en palabras diferentes lo anterior para indicar que ellos pueden presentar observaciones a los mismos, y de ser así, la entidad contratante deberá pronunciarse al respecto.

Así pues, y en relación a lo indicado a pesar de que no garantiza en un 100% la obligatoria discusión entre la entidad y los posibles oferentes de los riesgos

⁷¹ (*)Derogado por: Decreto Nacional 0734 (13, abril, 2012) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Cartagena de Indias D.T y C., 2012, .Artículo 9.2

previsibles en el contrato, al no existir una audiencia obligatoria para el efecto, deja una brocha amplia para que estos puedan ser discutidos y retomados en el sentido de que la entidad atendiendo a las observaciones presentadas por los posibles oferentes al pliego de condiciones, aunque no se realice en audiencia, puede valorarlos nuevamente y si es del caso realizar los respectivos ajustes o aclaraciones.

4.1.3 Contratación Directa y Mínima Cuantía. Estas dos modalidades de selección son casos particulares en cuanto a la determinación y asignación de los riesgos previsibles pues, como primera medida indicaremos que la norma señala que para ambas no se requiere de la elaboración y publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP del proyecto de pliego de condiciones y de los pliegos de condiciones definitivos, puesto que no se requieren; en tal sentido, en la modalidad de selección de Contratación Directa se omite este documento porque materialmente la convocatoria de oferentes es limitada por ello ha sido denominada por el derecho comparado y en palabras del profesor Palacio Hincapié como “contrato negociado”⁷² y por su parte, para la modalidad de selección a través de la Mínima Cuantía el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013 señala que la entidad deberá formular una invitación pública, la que deberá ser publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

Como segundo punto, se indicará que las normas que rigen la contratación pública establecen que para éstas dos modalidades de selección no es obligatorio discutir con los posibles proponentes los riesgos previsibles que puedan presentarse durante la ejecución del contrato. Veamos algunos apartes de la normatividad que regía la materia, esto es, el derogado artículo 2.1.2 del Decreto 0734 de 2012:

⁷² PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de la Entidades Estatales. Op Cit., p. 317

Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato (...)

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato (...)

Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida (...) (Subrayas fuera del texto original)

En palabras diferentes, la norma en cita señalaba de manera taxativa que las entidades contratantes debían en el proyecto de pliego de condiciones tipificar los riesgos que se puedan presentar en desarrollo del contrato. Recordando, que tal obligación también surgía desde la elaboración de los estudios previos pues, al tenor del derogado numeral 6, artículo 2.1.1 del Decreto Nacional 0734 de 2012, establecía que en los estudios previos debe ir el soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

Por su parte, el Decreto 1510 de 2013 en relación con la modalidad de selección de mínima cuantía elimina del contenido de los estudios previos el análisis de los riesgos. Sin embargo, mantiene tal circunstancia en los estudios previos cuando hace relación a la modalidad del contratista por intermedio de la contratación directa. Veamos.

Artículo 20. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

(...)

6. El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía

(...)

“Artículo 84. Estudios previos para la contratación de mínima cuantía. La entidad estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente:

1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.

2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.

3. Las condiciones técnicas exigidas.

4. El valor estimado del contrato y su justificación.

5. El plazo de ejecución del contrato.

6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.”

Podemos decir que para las modalidades de selección de Contratación Directa y para la Mínima Cuantía no se elabora el proyecto de pliego de condiciones ni pliegos definitivos, esto, por la forma excepcional en que se lleva a cabo la selección del contratista y tampoco existe una etapa previa a la celebración del contrato en donde se discutan los riesgos previsibles que determinó la entidad contratante en los estudios previos, con el contratista (para el caso de la

Contratación Directa) y con los oferentes (para el caso de la Mínima Cuantía). Excepción que será analizada en el último capítulo del presente texto.

Luego entonces, para las dos modalidades de selección referidas no se requiere que se tipifiquen los riesgos previsibles del contrato en el proyecto de pliego de condiciones, simplemente porque no está contemplado y segundo, tampoco existe una audiencia en donde se discutan y asignen los mismos junto con los oferentes.

En el VI Seminario de Contratación Estatal, realizado por la Alcaldía Mayor de Bogotá, en donde frente al tema de los riesgos y bajo la premisa de que éstos deben ser tipificados, estimados y asignados en los estudios previos para todo tipo de contratos que pretenda celebrar la administración pública, surgió un interrogante por parte de un servidor público distrital acerca de cómo se debían cuantificar y cualificar los riesgos previsibles para el caso de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, pregunta que fue trasladada al expositor José Luis Benavides, quien indicó:

“Yo creo que ese tipo de contratos son los que ponen de presente como no podemos aplicar la lógica de los riesgos a todo tipo de contratos, desde el punto de vista de los riesgos insisto en la óptica que les he expuesto en un contrato de prestación de servicios los riesgos son muy pequeños, el riesgo de que el contratista cumpla o no el contrato es un riesgo de operación pero sabemos que no se trata de ese riesgo el que hay que establecer ese es claramente suyo ¿de quién va a ser? Necesariamente suyo y ¿cuánto vale? (...) y ese es uno de los contratos en donde habrá muy poca valoración específica de cuáles son esos riesgos. Ahora hay que ver específicamente también por qué de todas maneras si es importante fijarlo, cuáles son los criterios de esa prestación de servicios, en qué consiste esa prestación de servicios, qué calificación tiene, qué involucra específicamente.

(...) En muchas de esas manifestaciones sobre el riesgo en realidad vamos a reforzar lo que son las obligaciones específicas del contratista, es decir hasta dónde va el compromiso que va a hacer pero en realidad pero en realidad no vamos a entrar en el tema de una definición específica del riesgo (...)

El tema de los riesgos en materia de contratación pública definitivamente está bastante alejado del tema jurídico, nos tenemos que soportar en los verdaderos expertos económicos, técnicos, financieros de la materia.⁷³

Lo anterior refleja que la lógica de determinación y discusión de los riesgos previsible se rompe para cierto tipo de contratos, como por ejemplo para el caso de los servicios profesionales, que resulta ser una de las causales de la modalidad de Contratación Directa. Y es que, aunque las normas en materia contractual han pretendido ajustarse a la realidad anteriormente con la expedición del Decreto 2474 de 2008 se establecía la obligación de tipificar, estimar y discutir los riesgos previsible para todas las modalidades de selección, posteriormente, y como lo vimos, se contempló su voluntariedad en cuanto a la discusión de los riesgos, dependiendo de la modalidad de selección del contratista.

En síntesis, a primera vista el principio de igualdad frente a la discusión de los riesgos previsible en el contrato se rompe en lo que concierne a la modalidad de Contratación Directa y de la Mínima Cuantía pues, no se le da la oportunidad al oferente para discutir los riesgos estimados por la administración en los estudios previos. Pese a que es importante que las partes conozcan de antemano a la ocurrencia de los hechos que afectan el equilibrio económico del contrato, la forma en que se mitigará su impacto, y se mantengan las condiciones económicas previstas por las partes desde la suscripción del contrato. Sin embargo, lo anterior tiene una justificación, esto es, la omisión en la discusión de los riesgos, la cual será desarrollada en el último capítulo del presente proyecto de grado.

⁷³ ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. IV Seminario de contratación estatal, (agosto, 2012: Bogotá, Colombia) Memorias. Subdirección Imprenta Distrital, 2012. p. 65.

CAPITULO V

5 FUNDAMENTOS QUE DESVIRTÚAN LA NECESIDAD DE CONTEMPLAR LA TEORÍA DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

En desarrollo del presente capítulo se observará la operatividad real o no de determinar los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales cuando los servicios prestados dependen exclusivamente del desarrollo intelectual que realice el contratista. Luego entonces, se estudiará la necesidad o no de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles en los aludidos contratos, para lo cual nos será útil los resultados obtenidos en el trabajo de campo realizado, sin perder de vista la importancia de determinar los riesgos previsibles en materia contractual como compensación de los costos no conocidos con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato. Ahora bien, para empezar se indicará en palabras del siguiente autor, que:

“En materia de riesgos, lo que busca la legislación colombiana y lo que aportan la jurisprudencia y la doctrina como fuentes del Derecho Contractual es que los riesgos se pueden prevenir en el marco de la actividad contractual, proporcionando los mecanismos e instrumentos que garanticen un margen de acción de las partes para afrontar y solucionar la situación.

En términos generales ha de reiterarse que en los contratos estatales, incluidos el de obra pública y el de concesión, el primer derecho que le asiste al concesionario es obtener cumplidamente su remuneración y el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, razón por la cual corresponde a las entidades públicas, para cumplir los cometidos legales de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de

*los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de los mismos, adoptar todas las medidas que estén a su alcance para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer y de participar en la respectiva licitación pública*⁷⁴

Lo anterior, reafirma lo indicado en anteriores capítulos, que consiste en la necesidad de contemplar los riesgos en todos los tipos de contratos que celebre la administración pública, particularmente para los de obra pública y de concesión. No obstante lo anterior, el aporte a la investigación jurídica que se pretende dejar a través del presente texto consiste en exponer las razones que fundamentan la crítica a la norma jurídica que impone la obligatoriedad de plasmar los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales, las que resumimos en seguidas líneas, así:

5.1 POR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

Por sus características particulares, las que resume la autora en cita de la siguiente manera:

- a)** La prestación del servicio versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b)** La autonomía e independencia del contratista. Esta característica constituye desde el punto de vista técnico y científico el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en canto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro

⁷⁴ INOCENCIO MELÉNDEZ. Op Cit., p. 615.

del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

- c) La vigencia del contrato es temporal y por lo tanto su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido (...)⁷⁵(Subrayas fuera del texto original).

En resumen, el contrato de prestación de servicios profesionales tiene el rasgo de ser una obligación de hacer, de carácter transitorio e independiente, que se materializa en los actos realizados por el contratista en razón a su formación profesional y/o experiencia acreditada. Las obligaciones a desarrollar por parte de la persona natural se agotan conforme a la labor que realice el contratista, esto es, del desarrollo netamente de carácter intelectual que ejecute debido a su idoneidad y experiencia. En palabras diferentes, significa que extrañamente acontecerán circunstancias ajenas a las partes en donde se pueda ver involucrada la normal ejecución de la prestación del servicio profesional o el desequilibrio económico del contrato.

El Decreto 0734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 lo enuncian de la siguiente forma:

“Decreto 0734 de 2012. Artículo 3.4.2.5.1. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya

⁷⁵ GARAVITO CARVAJAL, Xiomara. El contrato de prestación de servicios. Tesis de grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2000, p. 19

obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el acto administrativo de que trata el artículo 3.4.1.1 del presente decreto.”(Subrayas fuera del texto original)

“Decreto 1510 de 2013. Artículo 81. *Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.” (Subrayas fuera del texto original)

5.2 POR LA TEORÍA DEL RIESGO PREVISIBLE

Porque esta clase específica de riesgos implica, como se advirtió, que existe frente a ellos una evidencia alta de ocurrencia, toda vez que son hechos reiterados que acontecen durante la ejecución del contrato y es posible establecer su causa y efecto previo al inicio de la relación contractual lo que permite cualificarlos y cuantificarlos. Este tipo de riesgo se puede identificar en la estructura del contrato –tipificación- y lo más importante permite ser distribuirlo entre contratante y contratista –asignación-. Por consiguiente, las partes antes de la celebración del vínculo jurídico, deben razonablemente prever la ocurrencia del acontecimiento que puede dar origen al desequilibrio económico en la relación contractual.

Lo anterior nos lleva a concluir que el riesgo previsible no puede ser confundido con los incumplimientos del contrato, los que son respaldados por los mecanismos de cobertura del riesgo, tales como las garantías –pólizas- o sanciones pecuniarias -multas-; o por la teoría de la imprevisión, la que asume la Entidad contratante. Luego entonces, por la particularidad en cómo se desarrolla el contrato de prestación de servicios profesionales-se repite desarrollo intelectual que realiza exclusivamente el contratista-, no se evidencia fácilmente una ocurrencia de riesgo previsible que pueda ser cuantificado y cualificado antes de dar inicio a la relación contractual.

5.3 POR LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO

Conforme a la revisión de la normatividad legal realizada, más específicamente con el derogado Decreto 2474 de 2008 y hasta ahora con el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012 –vigente hasta el 31 de diciembre de 2013 conforme al régimen de transición del Decreto 1510 de 2013- , se estableció en ambos ordenamientos jurídicos la obligación legal de incluir en los estudios previos el ítem que dé cuenta del análisis de los riesgos preVISIBLES, los que son el soporte

del contrato, incluyendo por supuesto a los contratos de prestación de servicios profesionales.

Aunado a lo anterior, indicaba la normatividad que el análisis de los riesgos previsible se concreta en el proyecto de pliego de condiciones y en el posterior pliego definitivo, y es aquí en donde se rompe la obligación legal pues, para la estudiada causal de contratación directa no antecede al contrato el pliego de condiciones, sino que se agota en la minuta del contrato. Dicho de otro modo, el Decreto 0734 de 2012 señalaba de manera taxativa que las entidades contratantes deben en los estudios previos y en el proyecto de pliego de condiciones tipificar, estimar y asignar los riesgos previsible que se puedan presentar en desarrollo del contrato. No obstante lo anterior, en los contratos de prestación de servicios profesionales no se elabora proyecto de pliego de condiciones ni pliegos definitivos, por la forma excepcional en que se lleva a cabo la selección del contratista y con ello se exceptúa también la publicación de tal documento en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP para dicha modalidad de selección.

Así las cosas, el principio de publicidad para el caso de los contratos de prestación de servicios profesionales, en el evento de querer el contratista conocer y discutir los riesgos previsible con la entidad pública contratante antes de la elaboración del contrato se ve restringido, pues no existe la obligación legal por parte de la administración pública para celebrar audiencia que permita tal discusión lo que se concreta para el caso de las convocatoria públicas, sin que ello constituya violación a los principios de la contratación pública, se reitera, por la forma excepcional en que se agota la selección del contratista por intermedio de la causal de contratación directa.

Así pues, cada normatividad impone la obligación a las entidades públicas de incluir en los estudios previos el análisis de los riesgos pero, a medida que se

continúa con la lectura de los artículos subsiguientes de los decretos reglamentarios y conforme al transcurso del tiempo se evidencia que la discusión de los mismos se enfoca solamente para las modalidades que se realizan a través de convocatoria pública.

En resumidas cuentas, la misma legislación ha venido cediendo en cuanto a la manera de establecer la obligatoriedad por parte de las entidades contratantes de estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles de los contratos estatales, tan es así que el Decreto 0734 de 2012 instituyó que la discusión de los riesgos para las modalidades diferente a la licitación pública son de carácter voluntario, esto es, sólo en caso de ser necesario; lo que no ocurría con el Decreto Nacional 2474 de 2008, en donde establecía su carácter obligatorio, sin hacer distinción alguna en cuanto a la modalidad de selección del contratista. Veamos:

“Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales. (...)” (Derogado por el Decreto Nacional 0734 de 2012) (Subrayas fuera del texto original)

Y finalmente, es importante indicar que el recién expedido Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013 ha eliminado el concepto de los riesgos previsibles, y solo, como se dijo, se hace relación a los riesgos sin hacer discriminación alguna a cuál naturaleza (previsible o imprevisible) e incluso si afecta o no el equilibrio económico del contrato, lo que considero constituye un avance hacía la realidad jurídica observada en este escrito. De hecho, el concepto de riesgo se extendió, tanto en su conceptualización como el período que comprende y ello es

reafirmado por el Manual que elaboró la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Así las cosas, el análisis de los riesgos que debe ser incluido en los estudios previos -para todos los contratos- deben cubrir desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien. El Decreto 1510 de 2013 lo define de la siguiente manera:

“Riesgo es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”

Por su parte, el artículo 15 y 17 ibíd., establece:

“Artículo 15. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso”

Artículo 17. Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente”.

Recogiendo lo más importante, nos lleva a concluir que los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, que reconocen la importancia de la teoría de los riesgos en los contratos, han venido cediendo terreno en cuanto a la aplicabilidad de éstos pues, el último decreto ha sido más

consecuente y amplio con el concepto y su finalidad, lo que no ocurría con los anteriores decreto, y lo que dio origen a esta investigación, en donde se imponía la obligación legal a las entidades públicas contratantes de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsible en todo tipo de contratos, sin importar la naturaleza de éstos, lo que resultaba ser inoficiosos, por ello la critica hacía la normatividad hasta hoy vigente.

5.4 POR LA OMISIÓN DE UNA ETAPA ESPECÍFICA QUE PERMITIERA LA DISCUSIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES

Analizando del Decreto Nacional 0734 de 2012, - vigente conforme régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2013 – podemos indicar que el ordenamiento jurídico positivo no contempló una etapa en donde permitiera la discusión de los riesgos previsible con los contratistas para los contratos de prestación de servicios profesionales, los que fueron tipificados y estimados desde los estudios previos al tenor del numeral 6, artículo 2.1.1 *ibíd.*, el cual establecía que en los estudios previos debía ir el soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, no existe una etapa previa a la celebración del contrato en donde se discutan con el oferente (futuro contratista) los riesgos previsible que determinó la entidad contratante en los estudios previos, la que si se encuentra determinada para las otras causales de selección del contratista. El Decreto 0734 de 2012 señalaba:

Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsible. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato (...)

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato (...)

Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida (...) (Subrayas fuera del texto original)

Luego entonces, para los contratos de prestación de servicios profesionales, causal que integra la modalidad de selección de contratación directa no se requiere que se tipifiquen los riesgos previsibles del contrato en el proyecto de pliego de condiciones, simplemente porque no está contemplado y segundo, toda vez que tampoco existe una audiencia en donde se discutan y asignen los mismos junto con los oferentes o con el contratista.

Lo anterior, es ratificado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013, el cual indica en su artículo 39 que es obligatoria la audiencia de asignación de riesgos para el caso de la licitación pública, y guarda silencio en cuanto a la modalidad de selección del contratista de manera directa. Reza el precepto legal:

“Decreto 1510 de 2013. Artículo 39. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de riesgos.

En la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva (...)" (Subrayas fuera del texto original).

Adicionalmente, elimina la discusión de los riesgos para el caso de la modalidad de selección a través de la mínima cuantía.

5.5 POR LA FINALIDAD DE LA TEORÍA DEL RIESGO PREVISIBLE

Como se observó la teoría del riesgo previsible surge con ocasión de la necesidad que tiene la administración pública en contar con las herramientas suficientes para poder mitigar los riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato y por ende, minimizar el impacto negativo de los eventos que puedan amenazar el desarrollo normal del proyecto y por supuesto garantizar que se pueda resguardar la ecuación financiera del contrato para proteger el resultado económico pretendido por las partes contratantes desde el inicio de la relación contractual.

La finalidad de evitar el pago por restablecimiento del equilibrio económico del contrato con ocasión de un hecho previsible, perdería sustento jurídico, puesto que una vez realizada la indagación a las personas entrevistadas –como se verá más adelante- éstas manifestaron no tener conocimiento acerca de reconocimientos económicos por un riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales, lo que fue ratificado por la suscrita al consultar en la relatoría del Consejo de Estado demandas que tuvieran como fundamento –tema- reconocimiento del equilibrio económico al contratista con ocasión de un riesgos previsible.

En palabras más sencillas, cuando nos encontramos frente a la teoría del riesgo previsible sabemos que ella busca evitar que la entidad pública contratante sea quien asuma el restablecimiento del equilibrio económico en un ciento por ciento y

por ello, se realiza de común acuerdo con el contratista su distribución a la parte que mejor lo pueda controlar, siendo así, para el caso de los contratos de prestación de servicios profesionales es nula la probabilidad que se presenten demandas en donde se restablezca el equilibrio económico del contrato por hechos que son conocidos por las partes y que ocasione un tercero porque el desarrollo normal del contrato dependerá única y exclusivamente del contratante y del contratista y ello mismo permite concluir que no se acude a la jurisdicción contenciosa administrativa por hechos previsibles si no, imprevisibles para este tipo de contratos.

5.6 POR LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Finalmente, en atención a los principios que soportan la contratación pública y la función administrativa, al realizar los funcionarios públicos la tipificación, estimación y discusión de los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y no ser necesarios por las razones que encuentre válida la Entidad Pública contratante, y sólo por cumplir el requisito legal (por demás voluntario su discusión), se estaría en contravía de los principios de celeridad y de economía al realizar etapas y procedimientos que no están contemplados taxativamente en la norma, como por ejemplo la discusión de los riesgos, o que no pueden ser soportados. Pues, el principio de economía al tenor del Art. 25 de la Ley 80 de 1993 propende por procedimientos ágiles y responsables en el proceso de selección del contratista y por su parte, el principio de celeridad, establece que las actividades procesales se realizan diligentemente y dentro de los plazos establecidos. En efecto, la discusión de la teoría de los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales es tan inoficiosa como atentatoria de los principios de economía y celeridad del proceso contractual.

5.7 POR LA REALIDAD JURÍDICA OBSERVADA CONFORME AL ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS QUE ARROJO EL TRABAJO DE CAMPO REALIZADO:

Según se indico desde el anteproyecto el presente estudio requirió de la elaboración del diseño y de técnicas de recolección de información lo anterior, con la finalidad de poder observar la realidad jurídica de la entidades públicas contratantes frente al tema de los riesgos previsible, lo que permitiría por un lado, reafirmar la primera hipótesis planteada, esto es, poder determinar cuáles serían los riesgos previsible cuando nos encontramos frente a contratos de prestación de servicios profesionales o la segunda, basada en que la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible para este tipo de contratos –prestación de servicios profesionales- pese a su obligatoriedad legal resulta ser inoficiosa.

Como consecuencia de lo anterior, se elaboró un formulario que contenía siete (7) preguntas las cuales iban encaminadas a poder determinar en un primer aspecto, si las entidades públicas estaban dando aplicación al Decreto 0734 de 2013 (fecha para la cual se realizaron las entrevistas) en lo relacionado con el análisis de los riesgos previsible en los estudios previos. Segundo, enterarnos de cómo elaboran las entidades públicas contratantes la matriz de riesgos previsible en la contratación, particularmente para el caso de la prestación de servicios profesionales y tercero, determinar la utilidad y pertinencia de la norma jurídica en cuanto al tema de riesgos previsible.

Ahora bien, para una mejor comprensión de los resultados del trabajo de campo se indicará la metodología, la forma, los instrumentos de fiabilidad y en cómo se llevo a cabo éste. Así: Destáquese, que los datos se recolectaron en forma directa tomados de la realidad observada y originados en las oficinas jurídicas de distintas entidades del Estado tanto del nivel Nacional como del Distrito Capital, las que fueron recolectadas, como se dijo, por intermedio de la autora, a través de las entrevistas focalizadas (preguntas dirigidas). Los datos primarios se compraron y

analizaron con el material de la biblioteca (datos secundarios) y la normatividad legal –hasta inicios del año 2013- (datos primarios), para concluir y acercarnos a la respuesta del interrogatorio plasmado al inicio del proyecto.

Así las cosas, al visitar las oficinas jurídicas-contractuales de las Entidades Estatales (Nivel Nacional y Distrital), se abordó aleatoriamente a los encargados de los procesos pre contractuales, con el fin de que diligenciaran el cuestionario (algunos vía e-mail y otros en físico) y de esta manera poder observar cómo las entidades llevan a cabo la tipificación, asignación y distribución de los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales, cuando se trata de actividades que obedecen al desarrollo netamente intelectual que realiza el contratista para la Entidad Pública contratante.

Lo anterior, requirió un plan de prueba de validez y confiabilidad del instrumento, esto es, el *Diario de Campo*, el que se traduce de la siguiente manera: En una primera etapa, se determinó a qué personas se abordarían –la unidad a estudiar- indicando que debían ser individuos que tramitaran la etapa pre contractual y post contractual en cada una de las entidades y en la segunda etapa, se verificó que la información suministrada en la primera fase (ante proyecto y estado del arte), hubiese variado o no, arrojando que los datos eran útiles para la presente investigación y hasta a principios del año 2013.

En relación con la metodología empleada, ésta se basó en la definición del universo de estudio y la determinación de la muestra. El *Universo de Estudio*, entendido como los conceptos sobre la estimación de los riesgos previsible en los contratos estatales, doctrina sobre el riesgo, doctrina económica sobre el riesgo previsible y su cuantificación, fallos del Consejo de Estado sobre la teoría del riesgo previsible en los contratos estatales. Y la *Muestra Representativa*, la que pudo ser susceptible de ser generalizada al conjunto del universo; y con la cual se

obtuvieron conclusiones semejantes a las que lograría si se estudiara el universo total.

Un tercer aspecto, es la *Población y Muestra*. En donde se optó por trabajar con dos unidades de estudio: Por un lado, la doctrina, jurisprudencia, la normatividad legal y manuales sobre los riesgos previsible y la teoría del equilibrio económico-financiero en los contratos de prestación de servicios celebrados por las entidades estatales y por otro lado, el análisis realizado a lo estudiado en el trabajo de campo, al observar cómo se llegaba a la tipificación y asignación de los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales. La muestra, tuvo un límite en el tiempo y en el espacio, esto es, legislación colombiana a partir del año 2007 y hasta cuando se finalizó la investigación, la que concluyó en marzo de 2013.

Ahora bien, los resultados de las encuestas realizadas a la muestra representativa, sobre la tipificación, estimación y distribución de los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales, son los que se describirán en seguidas líneas.

5.7.1 Entidades Estatales y servidores públicos seleccionados. Se seleccionaron aleatoriamente quince (15) funcionarios tanto de planta (Funcionarios en carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción) como contratistas que trabajaban en las Oficinas Jurídicas y de Contratación de las Entidades Estatales del nivel Nacional como en el Distrito Capital; de las quince (15) entrevistas impartidas fueron oportunamente diligenciadas once (11), las restante cuatro (4) no fueron solventadas aduciendo los funcionarios falta de tiempo para resolver el cuestionario. Los funcionarios públicos que diligenciaron el cuestionario tenían la particularidad de tener dentro de sus funciones tramitar el proceso pre contractual, contractual y post contractual de la Entidad. Dentro del

texto del cuestionario se incluyó la entidad para la cual trabajaban y el cargo que ostentaban para la fecha del diligenciamiento de la entrevista sin embargo, los nombres de quienes participaron fue contemplado como campo no obligatorio a diligenciar por ende, algunos nombres fueron omitidos conforme petición realizada. Las entrevistas fueron recolectadas entre el mes de octubre de 2012 y principios del mes de febrero de 2013.

El cuestionario contenía siete (7) preguntas, la cuales hacían referencia al tema de los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales, y la forma en qué eran observados en cada una de las entidades seleccionadas.

No se analizó desde el punto de vista de los contratistas o colaboradores de la administración, ya que en últimas los que elaboran, en una primera instancia, los riesgos previsibles en los contratos, por intermedio del proyecto del pliego de condiciones y/o en los estudios previos son las entidades públicas contratantes, quienes lo estiman, tipifican y asignan y que posteriormente son discutidos en las audiencias públicas, para el caso de la licitación pública obligatoria y para las demás voluntaria. En síntesis, sólo se les indagó a los funcionarios que trabajaban para entidades públicas y particularmente los que tenían cierto conocimiento en materia contractual ya que a partir de allí se logran definir los riesgos previsibles en la contratación.

5.7.2. Análisis de los resultados obtenidos. Una vez recolectada la información y los resultados del análisis de las entrevistas focalizadas, se desprenden las siguientes conclusiones, a saber:

- Para la mayoría de los encuestados⁷⁶ los contratos de prestación de servicios profesionales ocupan un alto porcentaje de su tiempo y energía en la entidad pública para la cual trabajan. Así mismo, como causal por medio de la cual se

⁷⁶ Esta relación obedece al 90% de los entrevistados.

acude a la selección del contratista, esto es, como modalidad de selección de contratistas, ella ocupa una enorme proporción en relación con todo el paquete de contratos que celebran en el periodo fiscal.

En efecto, el ochenta (80%) de los entrevistados indicó que tal modalidad de selección superaba el cincuenta por ciento (50%) de los contratos estudiados, formulados y celebrados en sus actividades diarias. Incluso, manifestaron que tal modalidad puede llegar, en ocasiones y según el periodo de tiempo seleccionado, al noventa por ciento (90%) del total de los contratos celebrados por la entidad.

Lo anterior significa que esta causal de contratación (que se encuentra inmersa en la modalidad de selección del contratista -contratación directa: Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión-) tiene un alto impacto (porcentaje) en cuanto a la forma en que se acude a la selección del contratista en la celebración de los contratos públicos.

Dicho de otra manera, nos parece evidente la pertinencia de nuestra investigación, habida cuenta de que esta modalidad de selección de contratistas (contratación directa) así como la tipología contractual que la secunda (prestación de servicios profesionales) es, ciertamente, la más utilizada modalidad de contratación en el sector público investigado, vale decir, la que cuantitativa y cualitativamente implica mayor número de contratos y de contratistas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que nos encontramos frente al hecho de que la casual de contratación directa de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ocupa un grado de importancia alta, consideramos relevante saber cómo los servidores públicos tipificaban, estimaban y asignaban los riesgos previsibles en y para susodichos contratos.

- Una vez identificada la utilidad práctica del mundo encuestado, es importante destacar el hecho de que el resultado de las encuestas realizadas indicó que para el ochenta por ciento (80%) de los entrevistados, al punto y para ese tipo de contratos, no se estiman los riesgos previsibles conforme una matriz de riesgos que se encuentre pre establecida en la Entidad.

No obstante lo anterior, y con el fin de dar cumplimiento a la normatividad vigente para el momento en que se realizaron las entrevistas (Decreto 0734 de 2012) ⁷⁷ encontramos que la realidad jurídica para este tipo de contratos existe un acápite inmerso en el documento de estudios previos y en la minuta contractual denominado “*Riesgos*” la cual no tiene mayor comprensión, alcance y entendimiento por parte de los operadores jurídicos.

Más aún, con base en ello (capítulo de “*Riesgos*”), los servidores públicos entrevistados manifestaron que con el lleno de ese requisito daban cabal cumplimiento y agotaban el procedimiento legal establecido.

Ahora bien, resulta interesante señalar que sólo el treinta por ciento (30%) de los entrevistados indicaron que existía una matriz de riesgos para los contratos estatales (todos) que suscribía la entidad, es decir, que se reconoció cómo no más del 30% de los contratos cumplía con la orden contenida en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007.

Interesante relieves el hecho de que fueron los mismos encuestados los que indicaron que las minutas que contenían o contemplaban la teoría del Riesgo, provenían de un banco de datos de contratos estatales, especialmente circunscrito a los contratos de suministros y de obra. El restante porcentaje, esto es, el setenta por ciento (70%) indicó que no existía una matriz de riesgos previsibles o que

⁷⁷ Normatividad vigente al momento de la realización de las entrevistas. (Derogado por el Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013.)

desconocían que la entidad tuviera una matriz de riesgo pre establecida a la cual pudieran acudir al momento de celebrar contratos.

- Ante la pregunta de indicar el momento en que las entidades públicas contratantes discutían con los contratistas los riesgos previsibles –establecidos en los estudios previos- para los contratos de prestación de servicios profesionales, los encuestados informaron que tal discusión se entendía surtida y cumplida con la presentación de la oferta por parte del contratista así como con la firma del contrato. Es decir, que para los funcionarios existía una aceptación tácita de éstos cuando quiera que los contratistas presentaban la oferta y suscribían el acuerdo.

Lo anterior permite concluir que para la totalidad de los encuestados no existía un momento específico de discusión de los riesgos previsibles para este tipo de contratos, el cual pudiera ser evidenciado y documentado en el expediente contractual, como por ejemplo, cuando se discuten los riesgos previsibles en audiencia pública en donde se deja constancia de lo allí ocurrido a través de la respectiva acta.

- Otro resultado que se evidenció de las respuestas suministradas por los consultados es que para la inmensa mayoría (10 de cada 11) de los entrevistados, indicaron que conforme a lo observado por ellos dentro del trámite contractual **consideraban que no era necesario estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales** fundamentando su afirmación en razón a la naturaleza jurídica del mismo, esto es, por sus características particulares.

De hecho, los encuestados consideraron que de realizarse la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales, ello sería de manera excepcional y solamente cuando

las circunstancias así lo ameriten. En palabras diferentes, cuando hubiere una circunstancia que logre determinarse con anterioridad y que ostente el suficiente peso argumentativo para incluir la teoría del riesgo en este tipo de contratos.

Lo anterior, confirmaría que las entidades públicas contratantes cumplen con el requisito legal al incorporar los riesgos previsibles en los estudios previos y en la minuta del contrato de manera excepcional y sin comprender a cabalidad su alcance y contenido. Ello sucede por cuanto de su denotada experiencia, consideran que tal teoría es innecesaria para este tipo de contratos lo que, de hecho, corrobora y soporta nuestra tesis.

Allende a todo lo anterior, es menester resaltar que, en la práctica, tales riesgos tienden a ser confundidos con circunstancias como el incumplimiento del contrato o, peor aún, con los riesgos imprevisibles.

- El cien por ciento (100%) de los consultados manifestó que no tienen conocimiento o que, en efecto, nunca se han presentado reclamaciones por no haberse tipificado los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Tampoco por haberse ocasionado el rompimiento del equilibrio económico por no haberlos previsto. En efecto, lo descrito permite indicar que los riesgos previsibles -como medida preventiva- no tendría un soporte sólido al no existir en la praxis reclamaciones al respecto, en cuanto a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se refiere.

Lo descrito anteriormente permite llegar a las siguientes conclusiones parciales:

La Ley 1150 de 2007 y los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993 han considerado conveniente adoptar la cultura del riesgo desde la etapa de

planeación, en la elaboración de los estudios previos, seguida de un debate público en donde los interesados pueden participar con sus opiniones y sentires.

Los riesgos, por lo mismo, deben ser identificados, estimados y asignados y, tal y como lo advertimos en capítulos anteriores, ellos pueden ser previsibles e imprevisibles.

Para el caso de nuestro estudio y con base en las entrevistas de campo, concentramos nuestro esfuerzo en analizar la pertinencia de identificar la teoría de los riesgos así como en evidenciar las implicaciones de ella en cuanto a la ocurrencia de daños expresados en valor económico de los riesgos de carácter previsible para los contratos de prestación de servicios profesionales.

Así las cosas, y con el fin de observar la realidad, consultamos a once (11) servidores públicos sobre el particular, en donde se logró identificar que en el ejercicio de planeación todos los entrevistados son conscientes que deben realizar, al tenor de la normatividad legal contractual, el análisis de los riesgos previsibles, incluso para esa tipología contractual, esto es, para el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

No obstante lo anterior, en la práctica se logró también evidenciar que para la mayoría de los consultados o, por lo menos, para un alto porcentaje de las entidades públicas seleccionadas, tales servidores públicos no discuten los riesgos previsibles con los contratistas para el caso de la contratación directa y en relación con los servicios profesionales.

Además, consideran que resulta infructuoso tipificarlos, estimarlos y asignarlos e incluso, en algunos casos, son confundidos con el incumplimiento del contrato o con situaciones imprevistas, como los riesgos imprevisibles, que en nada tienen relación con la teoría del riesgo previsible.

Con todo, el presente escrito pretende demostrar desde un plano conceptual y, ciertamente, con fundamento en lo observado en la praxis LA RAZÓN POR LA CUAL no es necesario incluir los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales.

Lo anterior tiene fundamento en los desenlaces que se derivan del trabajo de campo anteriormente expuesto, como también en las siguientes consideraciones conceptuales y argumentativas que se recogen a continuación y que han sido grandemente desarrolladas a lo largo de la tesis.

La primera de ellas consiste en la **naturaleza misma del contrato de prestación de servicios y en sus características particulares**, las que se traducen en que una vez consolidada la obligación de hacer y en algunos casos de dar –ejecución del servicio contratado-, la persona contratada con ocasión a la experiencia, capacitación y formación profesional que la acompaña, debe prestar el servicio de manera temporal conforme a las condiciones de idoneidad y experiencia solicitadas por la entidad. Luego entonces, resulta improbable que se presenten circunstancias ajenas a las partes que afecten el equilibrio económico del contrato porque la correcta ejecución dependerá de las calidades profesionales desarrolladas por la persona contratada, lo que la doctrina ha denominado como *intuitio personae*. Veamos:

“El contrato de prestación de servicio reviste la característica de intuitio personae, razón que posibilita su ejercicio directo sin necesidad de ofertas o cotizaciones ni publicaciones, el cual se predica de manera objetiva respecto de una virtual contratista que, por sus condiciones o calidades excepcionales, lo sustraen de la generalidad de quienes pudiesen desarrollar el objeto contractual, ha de obedecer a una situación muy particular que amerita justamente la aplicación de la norma de excepción.

Es decir, debe tratarse de un servicio profesional, científico, técnico o artístico especializado que por su complejidad solo puede ser atendido o prestado por determinada persona.⁷⁸(Subrayas fuera del texto original)

Lo anterior es reafirmado en el trabajo de campo realizado pues los entrevistados indicaron que el contrato de prestación de servicios profesionales se ejecuta conforme a la idoneidad y experticia demostrada por la persona contratada quien posee los conocimientos que requiere la entidad en determinada disciplina, el que, por demás, se desarrolla de manera particular dependiendo de la especificidad de la característica del objeto contratado.

En conclusión, por ser un contrato *intuitio personae* es casi nula la probabilidad de que el equilibrio financiero y económico del contrato se vea afectado por una causa o razón diferente al incumplimiento obligacional de alguna de las partes.

Segundo, porque una vez tipificado el riesgo **se debe apreciar la probabilidad de su ocurrencia** así como el **nivel de impacto** sobre la ecuación económica del contrato que se pretende celebrar.

En principio, la actividad de estimar los riesgos previsible se debe realizar teniendo en cuenta la propia metodología de valoración por cada una de las entidades públicas contratantes quienes, si lo desean, podrán contar con la asesoría de la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. Empero, de no contarse con una metodología propia por cada una de las entidades, es conducente recordar que el Documento CONPES 3714 de 2011 dio a conocer unos lineamientos para realizar la estimación de los riesgos de manera cuantitativa y cualitativa.

⁷⁸ BOHORQUEZ YEPES. Carlos A. y CONRADO IMITOLA Roque. El contrato de prestación de servicios de la administración pública. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009. 325P.

Conforme con el documento CONPES mencionado los riesgos deben ser calificados en una matriz en diferentes niveles de probabilidad e impacto. Veamos:

“El grado de probabilidad de un acontecimiento, se puede advertir dependiendo de la frecuencia en que acontezca. Así, la probabilidad de ocurrencia del riesgo es alta, cuando en la generalidad de los contratos que se ejecutaron con objetos similares, el hecho riesgoso se produce; o cuando de la naturaleza del riesgo se pueda presagiar su inminencia. (...) la probabilidad del riesgo es baja cuando en contratos con objetos similares, la ocurrencia del hecho riesgoso poco se produce; o, cuando de la naturaleza del riesgo se pueda observar su escasa ocurrencia”
Documento CONPES No. 3714 de 2011: 25. (Subrayas fuera del texto original)

Siguiendo en el mismo escenario, el documento CONPES indica que la medida del impacto depende de la manera como se afecte el valor del contrato. Así: *“El impacto del riesgo será alto si perjudica la ejecución del contrato de una manera grave e impida alcanzar el objeto contractual, por generarse con el acaecimiento del hecho riesgoso, un impacto sobre el valor del contrato superior al 30% (...)”*
Documento CONPES 3714 de 2011: 26.

De acuerdo con el documento CONPES en cita, el cual sirve de ayuda para poder determinar, valorar el impacto, probabilidad y apreciación cualitativa del riesgo previsible, señala que se puede acudir, entre otras, a fuentes de información, a series históricas, análisis teórico, experiencia relevante, prácticas y experiencia de la industria o del sector, publicaciones o noticias relevantes, opiniones y juicios de especialistas y expertos. En palabras diferentes, a la evidencia empírica y práctica en contratos con objetos similares celebrados con anterioridad.

Ahora bien, de la información recolectada podemos rescatar que algunas entidades poseen su propia matriz de riesgos. Sin embargo, para este tipo de contratos resulta infructuosa, toda vez que la probabilidad de ocurrencia es mínima así como su impacto económico pues ello dependerá exclusivamente de la actividad que desarrolle el contratista en la prestación del servicio profesional contratado. Recordemos que en este tipo de contratos, se contrata por su idoneidad y experiencia en determinada disciplina. Todo lo cual, sin olvidar que no existen antecedentes de demandas sobre hechos previsibles que hayan afectado el equilibrio económico en un contrato de prestación de servicios profesionales.

Por consiguiente, para asignar el riesgo previsible se debe tener en cuenta el tipo y características del contrato a celebrar, y conforme hemos visto por la naturaleza de las obligaciones que de este tipo de contratos se derivan, puede que no existan hechos que sean predecibles. Es allí en donde los servidores públicos deben dejar la respectiva constancia y análisis en los estudios previos. La mala práctica obedece en que se estiman y tipifican riesgos que pierden el carácter de previsible e incluso son confundidos con el incumplimiento del contrato, el cual es garantizado con las garantías solicitadas al contratista y que, por supuesto, dista mucho de lo pretendido por el legislador en cuanto a la teoría del riesgo previsible.

Total, punto esencial de nuestra tesis reside en que la ley no debió haber contemplado la aplicación obligatoria de la Teoría del riesgo previsible a todo tipo de contratos pues ella no es aplicable, por lo visto, a los contratos de prestación de servicios profesionales. De manera que, vistas así las cosas, la mala práctica, a nuestro juicio, no es atribuido al exclusivo hecho de la actitud omisiva de los funcionarios públicos, sino al desenfoque conceptual que desde siempre ha predisposto la norma para este tipo de contratos.

Finalmente, por cuanto **raya con el principio de economía en materia contractual** pues, se evidencia un desgaste por parte de los funcionarios públicos

al tratar de forzar la inmersión de riesgos previsible para el caso de los contratos de prestación de servicios profesionales. Incorporar riesgos previsible en donde la mayoría de las veces son confundidos con el incumplimiento del contrato o con la ocurrencia de situaciones o riesgos imprevisibles atenta, a nuestro parecer, con el principio de economía contractual pues se sabe, ex ante, que su utilidad es ninguna en tratándose de este tipo de contratos.

Y pese a que el tema de los riesgos se encuentra en auge desde la expedición de la Ley 1150 de 2007 aún no es claro para algunos servidores su utilidad y funcionamiento porque, por ejemplo, son confundidos con temas como el de la imprevisibilidad, incumplimientos, teoría del hecho del príncipe e incluso, algunos hechos son trasladados hasta el momento de la liquidación del contrato, cuando ellos deben determinarse y asignarse antes de dar inicio al contrato.

Ergo, existe una mala práctica al atribuir la incorporación de riesgos previsible donde no son de recibo, en el sentido de que cada negocio o cada contrato se rige por unas reglas específicas y la caracterización de ellos no son admisibles para todos los casos y más aún cuando no se evidencia una etapa específica en donde se discutan pues, para el caso en concreto y según lo visto, para los funcionarios y operadores jurídicos, con la simple firma del contratista se da por entendido la inclusión y la aceptación de los riesgos.

Precisamente es en este punto donde el presente escrito resulta ser de utilidad para los servidores públicos que se enfrentan día a día a tales situaciones, toda vez que se constituye en una herramienta jurídica en donde se esbozan las razones que justifican de manera académica la no incorporación de riesgos previsible para los contratos de prestación de servicios profesionales, las cuales se encuentran detalladas en el presente capítulo y en el acápite de las conclusiones.

5.8 VALIDEZ DEL ANÁLISIS DE RIESGOS PREVISIBLES, REALIZADO POR LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Tal y como lo hemos sostenido a lo largo del texto de nuestra tesis, reside en el hecho de sostener que los riesgos previsibles no son de recibo para los contratos de prestación de servicios profesionales ni deberían serlo en el plano legislativo y reglamentario.

De hecho, el último argumento que cimentó esta postura, consiste en evidenciar por qué la pionera en el tema de riesgos previsibles, es decir, la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente) tiende a confundir la teoría del riesgo previsible con el riesgo imprevisible, desnaturalizando, a nuestro modo de ver, lo contemplado en el Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 desarrollado por el artículo 20 del Decreto Nacional 1510 de 2013.

Veamos: Consultando el número de contratos celebrados bajo la modalidad de selección de Contratación Directa (Ley 1150 de 2007), en el periodo comprendido desde el 01 de enero de 2014 hasta el 15 de diciembre de 2014 en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, hallamos 53 registros.

Posteriormente, seleccionamos los contratos celebrados bajo la causal de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, los que correspondieron a 32 registros, bajo los siguientes números de constancia en el SECOP: CCE-149-4H-2014, CCE-147-4H-2014, CCE-148-4H-2014, CCE-143-4H-2014, CCE-141-4H-2014, CCE-139-4H-2014, CCE-138-4H-2014, CCE-131-4H-2014, CCE-130-4H-2014, CCE-128-4H-2014, CCE-125-4H-2014, CCE-120-4H-2014, CCE-106-4H-2014, CCE-100-4H-2014, CCE-102-4H-2014, CCE-103-4H-2014, CCE-104-4H-2014, CCE-095-4H-2014, CCE-096-4H-2014, CCE-094-4H-2014, CCE-097-4H-2014, CCE-098-4H-2014, CCE-093-4H-2014, CCE-099-4H-2014, CCE-091-4H-2014, CCE-089-4H-2014, CCE-090-4H-2014, CCE-088-4H-

2014,CCE-086-4H-2014, CCE-085-4H-2014, CCE-083-4H-2014, y CCE-081-4H-2014.

Una vez identificados los objetos contractuales, abordamos todas la matrices de riesgos previsible que se encontraban contempladas en los estudios previos (numeral VII); para, posteriormente, identificar los patrones de coincidencia y finalmente reunirlos en dos (2) grupos.

Así las cosas, en seguidas líneas, encontrarán la matriz de riesgos previsible que corresponde a las recomendaciones sugeridas por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente para los contratos de prestación de servicios profesionales, para los siguientes objetos contractuales:

CCE-149-4H-2014. Objeto *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente en la redacción de estudios de mercado y demás documentos necesarios para la estructuración inicial de Acuerdos Marco de Precios de tecnología”*.

CCE-147-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente, para apoyar la administración de Acuerdos Marco de Precios y las demás actividades que desarrolla la Subdirección de Negocios.”*

CCE-141-4H-2014. Objeto *“Contratar la prestación de servicios profesionales especializados para la difusión y desarrollo.”*

CCE-139-4H-2014. Objeto *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente, para apoyar la administración de Acuerdos Marco de Precios y las demás actividades que desarrolla la Subdirección de Negocios.”*

CCE-128-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales para el apoyo a la gestión de la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico de Colombia Compra Eficiente a través del desarrollo y mantenimiento de las aplicaciones ambiente web empleadas en los procesos de Colombia Compra Eficiente.”*

CCE-120-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales, por sus propios medios y con plena autonomía técnica y administrativa, para desarrollar herramientas de cómputo necesarias en los procesos de Colombia Compra Eficiente.”*

CCE-100-4H-2014. Objeto: *“Prestar Servicios Profesionales para el apoyo a la gestión de la Secretaría General de Colombia Compra Eficiente en la implementación y aplicación de las TRD y de la política de organización y administración del archivo.”*

CCE-102-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente en el apoyo de la estructuración de los Documentos del Proceso de selección de los Acuerdos Marco de Precios relacionados con la Nube de Gobierno y en el acompañamiento de la celebración, puesta en marcha y administración de los mismos.”*

CCE-095-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente en el apoyo de la estructuración de los Documentos del Proceso de selección de los Acuerdos Marco de Precios y en el acompañamiento de la celebración, puesta en marcha y administración de los Acuerdos Marco de Precios.”*

CCE-096-4H-2014. Objeto *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente en el apoyo de la estructuración de los Documentos del Proceso de selección de los Acuerdos Marco de Precios.”*

CCE-097-4H-2014. Objeto *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente en el apoyo de la estructuración de los Documentos del Proceso de selección de los Acuerdos Marco de Precios y en el acompañamiento de la celebración, puesta en marcha y administración de los Acuerdos Marco de Precios.”*

N°	Clase	Fuente	Etapa	Tipo	Descripción (Qué puede pasar y, cómo puede ocurrir)	Consecuencia de la ocurrencia del evento	Probabilidad	Impacto	Valoración del riesgo	Categoría	¿A quién se le asigna?	Tratamiento/ Controles a ser implementados	Impacto después del tratamiento				Responsable por implementar el tratamiento	Fecha estimada en que se inicia el tratamiento	Fecha estimada en que se completa el tratamiento	Monitoreo y revisión		
													Probabilidad	Impacto	Valoración del riesgo	Categoría				¿Afecta la ejecución del	¿Cómo se realiza el monitoreo?	Periodicidad ¿Cuándo?
1	Específico	Interno	Ejecución	Operacional	La contratista no cumple con el perfil o las Habilidades requeridas.	Impacto Negativo en el logro de los objetivos de la estrategia y en consecuencia sobre la imagen de la entidad.	Posible	Mayor	7	Alta	Contratista	Realizar un proceso de selección riguroso (entrevistas, verificación de referencias, prueba de habilidades)	Raro	Mayor	5	Medio	No	Subdirector de Negocios	Fecha inicial de ejecución del contrato	31 de diciembre	Por medio de un plan de selección del contratista y velar su efectividad y cumplimiento.	Durante el proceso de selección del contratista
2	Específico	Interno	Ejecución	Operacional	La contratista no cumple con calidad los productos establecidos	Incumplimiento del objeto contractual. Impacto Negativo en el logro de los objetivos de la estrategia y en consecuencia sobre la imagen de la entidad.	Posible	Mayor	7	Alta	Colombia Compra Eficiente	Realizar un monitoreo constante de los resultados y entregables y Proveer la adecuada orientación, dirección y acompañamiento	Raro	Mayor	5	Medio	No	Subdirector de Negocios	Fecha inicial de ejecución del contrato	31 de diciembre	Verificación de los cronogramas, seguimiento de metas y comunicación constante con el contratista	Mensual

1

¹Colombia. Sistema Electrónico de la Contratación Pública SECOP. Estudios previos Pags. 8,9 y 10.

Lo primero que evidenciamos es que la entidad pública contratante acudió para realizar el análisis de riesgos previsible a la matriz de riesgos que contempla el artículo 17 del Decreto 1510 de 2013 “Riesgos del proceso”. En susodicha regla se realiza la evaluación del riesgo que “El proceso de contratación representa” para el cumplimiento de las metas y objetivos de la entidad-, recordando, claro está, que los riesgos enunciados en el artículo 20 del mismo decreto, son aquellos que hacen parte como elemento de contenido en los estudios previos, definidos como circunstancias probables que pueden presentarse en el desarrollo del contrato, los cuales deben ser tipificados, estimados y asignados.

Ahora bien, la entidad pública contratante identifica los siguientes riesgos previsible: El primero de ellos, consiste en que la contratista no cumple con el perfil o las habilidades requeridas. Y, el segundo, tiene relación con que la contratista no cumple con calidad los productos establecidos (Subrayas fuera del texto original).

Frente al primero de ellos, esto es, que la contratista no cumpla con el perfil o las habilidades requeridas, la primera crítica que debemos realizar al respecto es que tal circunstancia no se encuentra catalogada como un riesgo previsible que afecte el desarrollo normal del contrato en la etapa de ejecución. Y es que indicar que la contratista no cumpla con el perfil solicitado por la entidad o con las habilidades requeridas, da lugar a que en caso de presentarse, el contrato no debería nacer a la vida jurídica.

En palabras diferentes, por los mismos trámites administrativos y legales previos que se requieren para la celebración del contrato; recordemos, que al tenor del artículo 81 del Decreto 1510 de 2013, el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita de la idoneidad y experiencia por parte del contratista antes de la celebración del contrato.

Nosotros consideramos que el ordenamiento jurídico nacional es y ha sido lo suficientemente rico para impedir que los contratos, y máxime aquellos de naturaleza Estatal que por definición son *intuitu personae* y, particularmente los contratos denominados “de prestación de servicio profesional y apoyo a la gestión” se celebren con personas (morales o naturales) incapaces. El enfoque tanto del legislador como del reglamento no ofrece margen de dudas al respecto.

Así por ejemplo, el artículo 81 del Decreto Nacional 1510 en cita obliga a verificar la capacidad e idoneidad del futuro contratista con el objeto de evitar contratación con personas que no son idóneas para llevar a cabo la labor. Por supuesto que si se acoge la tesis según la cual el incumplimiento de las obligaciones contractuales o la indebida selección del contratista son riesgos contractuales de que trata el artículo 4 de la ley 1150, evidentemente tendremos que concluir que la selección del contratista (en franca violación del artículo 81 ya citado) es propia de la teoría del riesgo.

Para nosotros ello equivale a confundir indebida e innecesariamente la teoría del riesgo previsible propuesta por el legislador en el año 2007 con incumplimientos contractuales así como de los deberes legales. Insistimos en ello: no todo incumplimiento de la ley o del contrato es pues, un riesgo en sentido jurídico sino, como su estampa lo indica, se trata de un incumplimiento de la ley o de las obligaciones contractuales.

Con lo cual, el hecho de que se seleccione mal un contratista no hace que se esté en presencia de la teoría del riesgo previsible o, por lo menos, no debería hacerlo sino, más bien, en presencia de la violación directa del artículo 81 del Decreto 1510 de 2013 con las consecuencias jurídicas que de allí se desprenden.

Naturalmente que no se trata de una sutil diferenciación teórica. Se trata, nada más ni nada menos que ahondar en lo más profundo del entendimiento de la teoría del riesgo previsible.

En efecto, el hecho de que se seleccione a una persona inepta es responsabilidad exclusiva de la entidad contratante al tenor del ordenamiento jurídico superior. (Vgr. Art. 81 en cita y otros) Mientras que si esta circunstancia se traslada, a nuestro modo de ver artificialmente a la teoría del riesgo aduciendo que todo acontecimiento que afecte o pueda afectar la realización del contrato es un riesgo contractual o entendida como *“un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato”* ella podría ser imputada al contratista.

Por otro lado, conforme la doctrina, es previsible todo riesgo que de acuerdo con las reglas de la ciencia, con las experiencias y con los sucesos históricos es susceptible de ocurrir dadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se ejecutara un contrato. Lo anterior es corroborado por el abogado Meléndez, al indicar que:

*“Son aquellos en que por su naturaleza, **contenido, alcance y frecuencia con los que ocurren existen frente a ellos evidencia de ocurrencia,** dada la experiencia en el asunto. **Previsible por la probabilidad alta de ocurrencia común porque son hechos reiterados en contratos de la misma tipología ordinarios** porque es posible establecer su causa, efecto y es posible cuantificarlos, algunos de manera previa a su ocurrencia y otros con posterioridad.”*⁷⁹ (Negritas y subrayas fuera del texto original)

⁷⁹ INOCENCIO. Op Cit. p. 569.

Luego entonces, se deben entender los riesgos no como presagios o augurios, sino, como *pronósticos serios basados en la ciencia, en el conocimiento, en la experiencia, y en la agudeza de las partes contractuales*⁸⁰. Así las cosas, el riesgo no puede identificarse con la teoría de la imprevisión, porque su objetivo es, justamente, reducir la amplitud de esta última a su mínima expresión ni mucho menos con la Teoría del Hecho del Príncipe o del incumplimiento obligacional de alguna de las partes.

En suma, queremos manifestar que a nuestro juicio existe una evidente confusión de parte de la mencionada Agencia Nacional cuando de considerar la Teoría del Riesgo contractual se trata, precisamente porque el riesgo previsible no se encuentra en la categoría del incumplimiento del contrato y mucho menos dentro de la teoría de la imprevisión, ésta última que surgió como un mecanismo tendiente a restablecer el equilibrio en las relaciones negociales que lo han perdido por circunstancias sobrevinientes y no imputables a las partes.

En lo que concierne al incumplimiento del contrato por ejemplo, podemos traer a colación las recomendaciones contempladas en el Directiva Distrital 017 del 31 de agosto de 2011 *“Lineamientos en Materia de Valoración del Riesgo Contractual”*, expedida por la Alcaldesa Mayor de Bogotá Designada Clara López, nos centraremos en el numeral 7, el cual nos ayuda a aclarar por qué el incumplimiento del contrato no está llamado a tipificarse como un riesgo previsible. Veamos:

*“(…) 7. Se debe tener en cuenta que los riesgos preVISIBLES no pueden asociarse con incumplimientos contractuales, **atendiendo a que los riesgos son circunstancias ajenas a la voluntad de las partes y que generan un impacto en el equilibrio económico del contrato, los incumplimientos no están llamados a tipificarse como riesgos***

⁸⁰Ver Documento CONPES 3714

previsibles. Es de anotar, que las circunstancias cubiertas con los mecanismos de cobertura de que trata el Decreto 4828 de 2008, amparan los perjuicios que se derivan del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, por lo cual las circunstancias cubiertas por tales garantías, no deben ser tenidas en cuenta para la asignación de riesgos. **Los riesgos previsibles no incluyen comportamientos culposos de las partes porque se estaría frente a temas de responsabilidad, como es el caso de los incumplimientos contractuales.**” (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

En palabras más sencillas, para la entidad pública contratante estudiada existe mecanismos de cobertura frente a situaciones en donde se presenten incumplimientos ora legales ora contractuales, tales como los requerimientos de idoneidad del contratista, las garantías, las multas, o la caducidad del contrato. Pero a nuestro entender, no puede esta circunstancia ser confundida con la teoría del riesgo previsible, en donde se toman acciones para evitar la parálisis del contrato antes de que ello ocurra y que se integran como complemento de las obligaciones.

Observemos ahora cómo la jurisprudencia colombiana entiende que se deben superar los incumplimientos del contrato, que no es otra cosa que lo dicho precedentemente, esto es, mediante los mecanismos que trae consigo el poder sancionatorio por parte de la administración pública.

“Es obvio que el incumplimiento del contratista causa verdaderamente un trastorno a la Administración en los fines inmediatos que se ha propuesto con el contrato. Y es precisamente ante el incumplimiento de aquél que se pone en movimiento el poder sancionatorio de la Administración. Esa facultad de sancionar está concebida en una forma gradual, de acuerdo a la magnitud del incumplimiento. Por tanto, ante un incumplimiento parcial pero

que no impide la ejecución final del contrato, procede la aplicación de multas; pero si el incumplimiento conlleva a la paralización misma del contrato o se deduce que hará imposible la ejecución del mismo, o se tiene certeza que en virtud de ese incumplimiento se causarán perjuicios irreparables a la Entidad, la Administración puede declarar la caducidad.”⁸¹
(Subrayas fuera del texto original).

El segundo riesgo expuesto, es definido como aquel en que la contratista no cumple con calidad los productos establecidos (Incumplimiento del objeto contractual). Frente a éste riesgo, debemos acudir al mismo argumento esgrimido anteriormente, y es que, en el evento, altamente probable, en que el o la contratista no cumpla con la calidad de los productos establecidos, para ello existe la suficiencia de la garantía de calidad del servicio, contemplada el artículo 124 del Decreto Nacional 1510 de 2013 y, naturalmente, las sanciones propias que se derivan de la irresponsabilidad del contratista.

En efecto, no tendría ni cobraría mayor sentido ni lógica que cuando el incumplimiento proviene del contratista ello implicaría la aplicación de la teoría del riesgo previsible, entre otras razones por cuanto así fue asignada, valorada y tipificada. Mientras que si el incumplimiento tiene su origen en la parte contratante y es responsabilidad de ella, esta situación se ventile y trate bajo la óptica del incumplimiento contractual precisamente por cuanto ella no ha sido tipificada, asignada y valorada en la respectiva matriz de riesgos.

Además, porque el hecho de que no se presenten con calidad los productos esperados dentro del contrato, concierne exclusivamente a la actividad desarrollada por el o la contratista pues, recordemos que por la naturaleza del

⁸¹ Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 15119 del 18/9/2003. Consejero Ponente. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

contrato, el colaborador de la administración debe contar con la debida idoneidad y experiencia solicitada por la Entidad.

Por otro lado, retomando la definición del riesgo previsible, éste se ocasiona por casusas ajenas a las partes, y en el presente caso es altísimamente probable que la calidad del producto concierna exclusivamente al ejercicio de ejecución que realice y lleve a cabo el contratista. Por ende, nos encontramos frente a un incumplimiento del contrato –por falta de calidad del servicio- más no dentro de un riesgo previsible.

Finalmente, porque observada la matriz de riesgos, y conforme al análisis realizado por Colombia Compra Eficiente, el riesgo se encuentra en la categoría de probabilidad de raro, esto es, que puede ocurrir excepcionalmente. Ahora bien, conforme la doctrina e incluso a la jurisprudencia se ha indicado que el riesgo previsible no tiene tal connotación, debido a la alta probabilidad de ocurrencia, conforme a experiencias anteriores que haya tenido en consideración y en atención a la naturaleza del contrato, del objeto y obligaciones.

De manera que un riesgo previsible, como el que se estudia, no puede estar enmarcado dentro de la probabilidad de rara ocurrencia.

Otra categoría de riesgos previsible identificados fueron los que se encuentran bajo los registros de procesos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, a saber, para los siguientes objetos contractuales:

CCE-143-4H-2014. Objeto: *“Contratar la prestación de servicios profesionales para apoyar a Colombia Compra Eficiente en el establecimiento de criterios de análisis financiero de un grupo de sectores específicos del Sistema de Compra y Contratación Pública.”*

CCE-138-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales de asesoría y acompañamiento a la Dirección General de Colombia Compra Eficiente en la identificación de los gravámenes y estampillas aplicables a los Procesos de Contratación Pública que adelantan las Entidades Estatales del nivel territorial.”*

CCE-131-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales a la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente, para el seguimiento del proceso de atención a consultas jurídicas, el soporte a Procesos de Contratación y las demás actividades que desarrolla la Subdirección de Gestión Contractual.”*

CCE-130-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales y de apoyo a la Gestión de la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente, para la proyección de respuestas a las consultas, elaboración de proyectos de conceptos y de documentos jurídicos, y en general, para brindar apoyo operativa con conocimiento jurídico.”*

CCE-128-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales para el apoyo a la gestión de la subdirección de información y desarrollo tecnológico de Colombia Compra Eficiente a través del desarrollo y mantenimiento de las aplicaciones ambiente web empleadas en los procesos de Colombia Compra Eficiente.”*

CCE-125-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales especializados de asesoría y acompañamiento a la Dirección General de Colombia Compra Eficiente, en la implementación del nuevo modelo de compras de la contratación pública.”*

CCE-106-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales, por sus propios medios y con plena autonomía técnica y administrativa, para desarrollar herramientas de cómputo necesarias en los procesos de Colombia Compra Eficiente.”*

CCE-094-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales y de apoyo a Colombia Compra Eficiente para planear, organizar, y ejecutar seis (6) foros regionales y un (1) foro nacional, incluyendo la logística, la ejecución, la consecución de insumos y conferencistas para su realización.”*

CCE-093-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales en comunicación visual para el apoyo de la gestión de Colombia Compra Eficiente.”*

CCE-089-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales jurídicos especializados para el apoyo a la gestión de la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente.”*

CCE-090-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales jurídicos para el apoyo a la gestión de la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente en la elaboración de proyectos de respuestas a consultas jurídicas, de conceptos y de documentos jurídicos, y en general, para brindar el apoyo operativo con conocimiento jurídico para las actividades de la Subdirección de Gestión Contractual.”*

CCE-086-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales jurídicos especializados para el apoyo a la gestión de la Dirección General y de la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente en la asesoría de la estructuración de acuerdos Marco de Precios y de proyectos normativos.”*

CCE-085-4H-2014. Objeto: *“Prestar los servicios profesionales jurídicos especializados para el apoyo de la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente en la preparación de un proyecto de ley para el sistema de compras y contratación pública, de otros cuerpos normativos, y en la elaboración, difusión y seguimiento de documentos estándar y manuales de contratación.”*

CCE-083-4H-2014. Objeto: *“Prestar servicios profesionales en comunicaciones para el apoyo a la gestión de la Dirección General de Colombia Compra Eficiente en el desarrollo del plan de Comunicaciones Internas y Externas”*

CCE-081-4H-2014. Objeto: *“Prestar los servicios profesionales jurídicos para el apoyo a la gestión de la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente en la elaboración de proyectos de respuestas a consultas jurídicas, de conceptos y de documentos jurídicos, y en general, para brindar el apoyo operativo con conocimiento jurídico para las actividades de la Subdirección de Gestión Contractual.”*

° N	Clase	Fuente	Etapas	Tipo	Descripción (Qué puede pasar y, cómo)	Consecuencia de la ocurrencia del evento	Probabilidad	Impacto	Valoración del riesgo.	Categoría ¿A qué se le asigna?	Tratamiento/ Controles a ser implementado	Impacto después			Responsable por implementar el tratamiento	Fecha estimada en que se inicia el tratamiento	Fecha estimada en que se completa el tratamiento	Monitoreo y evaluación				
												Probabilidad	Impacto	¿Afecta la ejecución del contrato?				¿Cómo se realiza el monitoreo?	Periodicidad			
1	Específico	Interno	Ejecución	Operacional	Retrasos en la entrega de proyectos de respuesta a las consultas formuladas.	Retrasos en la respuesta a las peticiones presentadas a Colombia Compra Eficiente	Posible	Mayor	7	Alta	Contratista	Definición de un procedimiento de revisión y aprobación de proyecciones de respuesta.	Raro	Mayor	5	Medio	No	Gestor de la Subdirección de Gestión Contractual	1 de septiembre	31 de diciembre	Seguimiento al cumplimiento del acuerdo de servicio interno	Diario
2	Específico	Interno	Ejecución	Operacional	Retrasos en la revisión y aprobación de las respuestas proyectadas.	Retrasos en la respuesta al as peticiones presentadas a Colombia Compra Eficiente	Posible	Mayor	7	Alta	Colombia Compra	Definición de un procedimiento de revisión y aprobación de proyecciones de respuesta.	Raro	Mayor	5	Medio	No	Gestor de la Subdirección de Gestión Contractual	1 de septiembre	31 de diciembre	Seguimiento al cumplimiento del acuerdo de servicio interno	Diario

En los estudios previos contemplaron además de los riesgos ya indicados, los siguientes: Retrasos en la entrega de proyectos de respuesta a las consultas formuladas, y retrasos en la revisión y aprobación de las respuestas proyectadas.

Para este tipo de riesgos realizaremos un solo análisis, ya que el patrón de coincidencia y la descripción que lo genera son los denominados “Retrasos”.

Lo primero que indicaremos es que el hecho de existir retrasos en las entregas de los proyectos de respuestas, también será una circunstancia que dependerá exclusivamente de la actividad que desarrolle el contratista con ocasión a la prestación del servicio profesional para el cual fue contratado.

Lo anterior para indicar, y recordar, que el riesgo previsible se genera por hechos, situaciones o circunstancias ajenas a las partes contractuales, y que de presentarse la entidad pública contratante en el análisis debe asignarla a la parte que mejor las pueda controlar, soportar, mitigar y garantizar.

Como vimos, es habitual que las entidades públicas contratantes incluyan en el análisis de los riesgos previsible contractuales los incumplimientos a las obligaciones propias del contrato, los que pueden tener varias connotaciones, por ejemplo, la falta de calidad en los productos a entregar o los retrasos en las entregas, como en el caso que vimos.

Sin embargo, es de aclarar que ambas situaciones obedecen a situaciones jurídicas distintas pues, los retrasos en el contrato (incumplimiento del contrato), para la Agencia Nacional, constituyen en sí, un riesgo, en la medida en que pueden o no ocurrir, circunstancias que por lo previamente anotado, se tornan inciertas y jurídicamente hablando se traducen en incumplimientos y, en consecuencia, hacen parte de la institución de las obligaciones.

En conclusión, los hechos generadores de incumplimientos se encuentran y deberían recogerse siempre en la teoría de las obligaciones contractuales y ser administradas por las reglas propias consignadas en los contratos, para nuestro caso, en los de prestación de servicios profesionales, más nunca en la teoría del riesgo previsible, toda vez que se trata de una institución distinta tanto en su axiología como en su teleología.

Y es precisamente por tal razón que el incumplimiento de una obligación no constituye un riesgo, sino que, genera una responsabilidad subjetiva, interpersonal e indelegable, para la parte contractual incumplida, la de reparar todos los perjuicios ocasionados por su actuar (incumplimientos totales o parciales).

Total, con estos ejemplos, tratamos de demostrar la que para nosotros es una confusión conceptual de parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” al tratar de llevar todo incumplimiento legal y contractual así como la teoría de la Imprevisión y del Hecho del Príncipe a las murallas de la Teoría del Riesgo Previsible contractual.

Creemos muy respetuosamente que ello amén de ser anti técnico, traumático e inaplicable en muchos casos constituye, además, un atentado contra lo pretendido por el legislador cuando expidió la Ley 1150 en el año 2007.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de Colombia de 1991 señala que uno de los fines del Estado consiste en que la función administrativa está al servicio del interés general; bajo este entendido, un instrumento jurídico con que cuenta la administración pública para hacerlo efectivo es a través de la Contratación Pública.

En desarrollo de lo anterior, tenemos el régimen legal en materia contractual, esto es, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto Nacional 0734 de 2012 y ahora el Decreto 1510 de 2013, los cuales establecen que la teoría del equilibrio económico del contrato debe ser garantizada, así pues, no en vano se consagró el Estatuto General de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, toda vez que es conocido que durante la ejecución del desarrollo del objeto contractual suelen presentarse comúnmente riesgos de distinta naturaleza que pueden llegar a afectar el equilibrio económico que las partes esperan recibir durante la ejecución del vínculo jurídico, particularmente el contratista, que puede ver reflejada una disminución en las prestaciones económicas pactadas. Razón por la cual, la ley, la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado del principio de la equivalencia económica del contrato estatal como elemento que se integra al proceso contractual.

Existen dos maneras en que la prestación del servicio puede verse afectada, ya sea por el acaecimiento de un riesgo imprevisible, caso en el cual la Entidad Pública contratante debe salir a la reparación del equilibrio económico del contrato, o por el acontecimiento de un riesgo previsible, éste último objeto del presente estudio. Por consiguiente, y en lo que respecta a la teoría de los riesgos previsibles en la contratación pública, entendidos como la probabilidad de ocurrencia de un hecho o circunstancia que altere el equilibrio económico del contrato, lo que deja por fuera a la teoría de la imprevisión, se impone la

obligación legal a las Entidades Estatales de tipificarlos, estimarlos y asignarlos –y hoy en realizar el análisis de toda clase de riesgos y la forma de mitigarlos- lo que debe verse plasmado desde la elaboración de los estudios previos.

Lo anterior tiene relación directa con la finalidad que tiene el análisis de los riesgos –previsibles- el cual consiste por un lado, en que el derecho positivo ve al contratista ya no como un simple colaborador del Estado, sino que lo reconoce y entiende que éste lo hace con la finalidad de obtener un beneficio económico, el cual, innegablemente, es reconocido; y por otro lado, en la esquina contraria de la relación contractual, encontramos el interés de la administración, esto es, la satisfacción del interés público y la continuidad normal en la prestación de los servicios contratados. Es por tal razón, que se deben evaluar con anterioridad los efectos y la mitigación del posible daño que pueda llegar a ocasionarse.

En ese orden de ideas, la ley ata de manera precisa a la administración pública contratante para que en todos los estudios previos, tanto los que soportan el pliego de condiciones como el contrato, con excepción de la mínima cuantía, se evalúe cuantitativa y cualitativamente la ocurrencia de los riesgos previsibles, los cuales deben ser identificables y cuantificables con el propósito de evitar discusiones posteriores entre las partes contratantes.

A pesar de los fundamentos descritos, el presente estudio ha concluido que para el caso de la causal de contratación directa, relacionada con los contratos de prestación de servicios profesionales, entendidos como aquellos que son desarrollados con personas que tienen ciertos conocimientos específicos debido a su idoneidad y experiencia acreditada, no resulta de recibo la descripción legal impuesta, entendiéndose la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles en los estudios previos.

Pues bien, el aporte a la investigación jurídica que se pretende dejar a través del presente texto consiste en exponer las razones que fundamentan la crítica a la norma jurídica que impone la obligatoriedad de plasmar los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales, las que resumimos en segundas líneas, así:

- **Por la Naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales:** Por sus características particulares consiste en una obligación de hacer, de carácter transitorio e independiente, que se materializa en los actos realizados por el contratista en razón a su formación profesional y/o experiencia acreditada. Luego entonces, las obligaciones contractuales se agotarán conforme a la labor personal y profesional que realice el contratista, esto es, del desarrollo netamente de carácter intelectual que ejecute debido a su idoneidad y/o experiencia. En palabras diferentes, significa que extrañamente acontecerán circunstancias ajenas a las partes en donde se pueda ver involucrada la normal ejecución de la prestación del servicio profesional o el desequilibrio económico del contrato. Finalmente, en atención a la realidad observada en las entrevistas focalizadas, en la praxis, un alto porcentaje de los entrevistados indicaron que conforme a la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, entiéndase realizado por personas naturales o jurídicas que han acreditado su idoneidad y/o experiencia específica y que dependen exclusivamente de su desarrollo intelectual, manifestaron que no era necesario tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles en los estudios previos que soportan el contrato pues, se reitera, en atención a que las circunstancias que dan lugar a una probabilidad alta de afectación del equilibrio económico del contrato es nula por su mismo desarrollo, en el sentido de ser controlable por las mismas partes que integran la relación contractual, esto es, no existe la intervención de un tercero o circunstancias ajenas a las partes.

- **Por la Teoría del riesgo previsible:** Porque esta clase específica de riesgos implica, como se vio, que deben razonablemente las partes de la relación contractual prever la ocurrencia del acontecimiento que puede dar origen al desequilibrio económico en la relación contractual. Luego entonces, por la particularidad en cómo se desarrolla el contrato de prestación de servicios profesionales -se repite desarrollo intelectual que realiza exclusivamente el contratista-, no se evidencia fácilmente una ocurrencia de riesgo previsible que pueda ser cuantificado y cualificado antes de dar inicio a la relación contractual. Sin que ello pueda ser confundido con la teoría de la imprevisión la cual consiste en la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato que supone la alteración en la equivalencia de las prestaciones pactadas al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles, que impactan la economía del contrato, o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles, como la variación de precios, no imputables a las partes.
- **Por la Evolución del ordenamiento jurídico positivo:** Conforme a la revisión de la normatividad legal realizada, más específicamente con el Decreto 2474 de 2008, el Decreto Nacional 0734 del 13 de abril de 2012 –vigente hasta el 31 de diciembre de 2013 conforme al régimen de transición del Decreto 1510 de 2013-, y el Decreto Nacional 1510 de 2013, se establece la obligación legal de incluir en los estudios previos el ítem que dé cuenta del análisis de los riesgos previsibles, los que son el soporte del contrato, incluyendo, por supuesto, a los contratos de prestación de servicios profesionales. Ha sido la misma legislación contractual la que ha venido cediendo en cuanto a la manera de establecer la obligatoriedad por parte de las entidades contratantes de estimar,

tipificar y asignar los riesgos previsibles de los contratos estatales, tan es así que el Decreto 0734 de 2012 instituyó que la discusión de los riesgos para las modalidades diferentes a la licitación pública son de carácter voluntario, esto es, sólo en caso de ser necesario; lo que no ocurría con el Decreto Nacional 2474 de 2008, en donde establecía su carácter obligatorio, sin hacer distinción alguna en cuanto a la modalidad de selección del contratista y por su parte, el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013, ha ampliado el concepto en el sentido de indicar que se debe realizar el análisis de los riesgos del proceso así como los del contrato. En palabras diferentes, el concepto de riesgo se extendió, tanto en su conceptualización como el período que comprende y ello es reafirmado por el Manual que elaboró la Agencia Nacional de Contratación Pública.

- **Por la omisión de una etapa específica que permitiera la discusión de los riesgos previsibles:** Porque el ordenamiento jurídico positivo no contempló una etapa en donde permitiera la discusión de los riesgos previsibles con los contratistas para los contratos de prestación de servicios profesionales, los que fueron tipificados, estimados y asignados desde los estudios previos. Como consecuencia de lo anterior, no existe una etapa previa a la celebración del contrato en donde se discutan con el oferente (futuro contratista) los riesgos previsibles que determinó la entidad contratante en los estudios previos, así como tampoco existe una audiencia en donde se discutan y asignen los mismos junto con los oferentes o con el contratista. Lo anterior, es ratificado por el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013, el cual indica en su artículo 39 que es obligatoria la audiencia de asignación de riesgos para el caso de la licitación pública, y guarda silencio en cuanto a la modalidad de selección del contratista de manera directa.
- **Por la finalidad de la teoría del riesgo previsible:** Porque la teoría del riesgo previsible surge con ocasión de la necesidad que tiene la administración pública en contar con las herramientas suficientes para poder mitigar los

riesgos que se presenten durante la ejecución del contrato y por ende, minimizar el impacto negativo de los eventos que puedan amenazar el desarrollo normal del proyecto y por supuesto garantizar que se pueda resguardar la ecuación financiera del contrato para proteger el resultado económico pretendido por las partes contratantes desde el inicio de la relación contractual. Ahora bien, teniendo en cuenta el estudio realizado a través del trabajo de campo -entrevistas focalizadas- se logro evidenciar que el ciento por ciento (100%) de los entrevistados manifestaron no tener conocimiento acerca de demandas contractuales, específicamente de contratos de prestación de servicios profesionales, instauradas en contra de las entidades contratantes con ocasión del restablecimiento del equilibrio económico por no haber previsto los riesgos previsible en la contratación o que hayan tenido que pagar indemnización alguna con ocasión al restablecimiento económico del contrato por riesgos previsible. Así las cosas, la finalidad en relación a la que pretende evitar el pago por restablecimiento del equilibrio económico del contrato con ocasión de un hecho previsible perdería sustento jurídico, puesto que una vez realizada la indagación a las personas entrevistadas éstas manifestaron no tener conocimiento acerca de reconocimientos económicos por un riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales, lo que fue ratificado por la suscrita al consultar en la relatoría del Consejo de Estado demandas que tuvieran como fundamento –tema- reconocimiento del equilibrio económico al contratista con ocasión de un riesgos previsible.

- **Por los Principios de la Contratación Pública y la Función Administrativa:** Porque en atención a los principios que soportan la contratación pública y la función administrativa, al realizar los funcionarios públicos la tipificación, estimación y discusión de los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales y no ser necesarios por las razones que encuentre válida la Entidad Pública contratante, y sólo por cumplir el requisito legal (por

demás voluntario su discusión), se estaría en contravía de los principios de celeridad y de economía al realizar etapas y procedimientos que no están contemplados taxativamente en la norma, como por ejemplo la discusión de los riesgos, o que no pueden ser soportados. En consecuencia el principio de economía al tenor del Art. 25 de la Ley 80 de 1993 propende por procedimientos ágiles y responsables en el proceso de selección del contratista y por su parte, el principio de celeridad, establece que las actividades procesales se realizan diligentemente y dentro de los plazos establecidos.

- **Por la realidad jurídica observada conforme al análisis de los resultados que arrojó el trabajo de campo realizado:** Una vez observada la praxis se concluyó que las entidades públicas contratantes no discuten los riesgos previsibles con los contratistas cuando éstos son seleccionados bajo la causal de prestación de servicios profesionales, modalidad de selección de contratación directa, incluso un alto porcentaje de los encuestados indicaron que resulta ser inoficioso para la entidad la determinación de los riesgos previsibles para ese tipo de contratos, pues, solo se agota el requisito legal sin que exista una decisión de fondo. Finalmente, determinar los riesgos previsibles como medida preventiva no tendría un soporte sólido al no existir en la praxis reclamaciones al respecto, en cuanto a los contratos de prestación de servicios profesionales, esto conforme información suministrada por los entrevistados.

BIBLIOGRAFÍA

- AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Pronunciamientos del auditor General de la República sobre la contratación por prestación de servicios de la Contraloría General de la República. Boletín de prensa 48, Bogotá, miércoles 11 de agosto de 2010.
- BECERRA SALAZAR, Álvaro Darío. Los riesgos en la contratación estatal. Bogotá: Leyer, 2008. 108P
- BENAVIDES RUSSI, José Luís y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. X Jornadas de Derecho Administrativo, incertidumbre en la Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. 2010. 529P.
- BOHORQUEZ YEPES. Carlos A. y CONRADO IMITOLA Roque. El contrato de prestación de servicios de la administración pública. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009. 325P.
- BORRERO RAMÍREZ, Augusto. Teoría de las Obligaciones Tomo I. Medellín: Editorial Esparta, 2003. 739P
- CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique. Celebración y ejecución de contratos estatales. Bogotá: Panamericana formas, 2004. 264P
- CEPEDA CAMACHO, Zaida Liliana. Aproximaciones a la Noción de Equilibrio Económico Financiero del Contrato Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Facultad de Derecho, 1997. 284P
- CETARES SALAS, Paola Ilena. La distribución de riesgos de los contratos de concesión de infraestructura vial. Bogotá: Universidad de Nuestra Señora del Rosario, Tesis del año 2002. 112P.
- COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993.
- COLOMBIA. Congreso de la República. (2007). Ley 1150 de 2007.
- COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 819 del 9 de julio de 2003. Diario Oficial No. 45.243, de 9 de julio de 2003. PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de

presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”

- COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2474 del 7 de julio de 2008
- COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 4266 del 12 de noviembre de 2010
- COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto Nacional 0734 del 12 de abril de 2012
- COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013
- COLOMBIA. Consejo de Estado sentencia No. 21588 de 2002
- COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo del 29 de mayo de 2003, expediente No. 14577, C.P Dr. Ricardo Hoyos Duque.
- COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D. C., del primero (1) de abril de dos mil nueve (2009), radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476).
- COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil, Rad. 1229, 19 de noviembre de 1999, Consejero Ponente Falvio Augusto Rodríguez Arce.
- COLOMBIA. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: CESAR HOYOS SALAZAR. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1011. Actor: Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- COLOMBIA. Sentencia. Consejo de Estado. Noviembre 8 de 2008. C.P.: Ramiro Saavedra Bejarano. Exp.: 32966.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 892 del 22 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación (Versión 1) Bogotá, D.C. 16 de septiembre de 2013. 14P.
- CONPES 3714. Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación. Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública DNP: PRAP, OAJ Ministerio de Hacienda y Crédito Público: DGCPTN, SG Versión aprobada. Bogotá D.C., 01 de diciembre de 2011
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 2 ed. Bogotá: Legis, 2003. 890P
- DEL CASTILLO RESTREPO, Edmundo. Reforma a la Contratación Pública. Interpretación y alcance de la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, 196P.
- DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Comp. Reforma al Régimen de Contratación Estatal. La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía Bogotá: Universidad de los Andes, 2010
- DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe y PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Reforma al Régimen de Contratación Estatal Compilador. Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato. Bogotá: Ediciones Unianades XVIII, 2010. 403P
- DIZ CRUZ EVARISTO. Teoría de Riesgo. Bogotá. Eco Ediciones, 2006, 181P.
- GARAVITO CARVAJAL, Xiomara. El contrato de prestación de servicios. Tesis de grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2000. 144P
- INOCENCIO MELÉNDEZ, Julio. La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales. Tomo I Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. Bogotá; Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009, 637P

- LINARES JARA, Mario. Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la integración. Perú; Editora y librería Jurídica Grijley, 2008. 298P
- Ministerio PPP La Educación Superior. Unidad 5 Actos de la Administración. Universidad Bolivariana de Venezuela. Ensayo.
- MOLINA BETANCOUR, Carlos Mario. Aspectos novedosos de la contratación estatal y de la responsabilidad del Estado. Medellín: Universidad de Medellín, 2008, 189P.
- MONROY, Daniel Alejandro. Regulación de Riesgos. Una doble aproximación a partir del análisis económico del Derecho. Bogotá: Revista de Derecho y Economía de Bogotá, marzo- agosto de 2010.
- MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. La Contratación Estatal: Análisis y Perspectivas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2000. 591P
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las Entidades Estatales. 6 ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R, 2010. 677P
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Reflexiones de Derecho Administrativo para un Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2005. 207P
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. "Derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato". En V jornadas de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008.
- RAVE ARISTIZABAL, Gabriel. Derecho Administrativo especial y Contratación Estatal. Medellín: Señal Editora, 2002. 125P
- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. 3 ed. Bogotá: Leyer. 2004. 863P
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico de los contratos administrativos. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009. 237P

- SANTOFIMIO, Jaime Orlando, BENAVIDES, José Luís, (compiladores). Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. 513P
- STORDEUR Eduardo. Análisis Económico del Derecho. 1ª Edición. Buenos Aires: Abeledo perrot. 2011. 414P
- SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía. Impacto acumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. 149P
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa Ley 80 de 1993. Bogotá: Ediciones librería el profesional, 1993. 452P.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I, 2da edición. Bogotá: Legis Editores 2007. P
- VELASCO TOVAR, Guillermo. Contratación administrativa. Bogotá: Corporación Unificada Nacional de Educación Superior, 2002. 161P
- YONG SERRANO. Manuel. El contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. 302P.

ANEXOS: ENTREVISTAS FOCALIZADAS REALIZADAS

PRIMERA: Entidad: FUNDACIÓN GILBERTO ALZATE AVENDAÑO

Cargo: Abogado Especializado

Nombre: Alex Ricardo Cotes Cantillo

- 1. En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? NO___ SI X**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste: Consiste en un plexo de carácter enunciativo, donde se señalan algunos riesgos previsibles que pueden afectar el equilibrio económico en tratándose de contratos de Prestación de Servicios Profesionales y de apoyo en la Gestión, y los cuales pueden homogeneizarse para este tipo de contratos, sin que los riesgos que aparecen allí enlistados tengan un carácter definitivo o excluyente.

- 2. Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? Si.** Por regla general en la entidad, en los contratos de Prestación de Servicios Profesionales predomina la labor de carácter intelectual, acompañado de algunas gestiones de índole operativa o asistencial. Puede decirse que se oscila en un promedio del 65% aproximadamente.
- 3. En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen?** Como se manifestó con anterioridad, al existir en la entidad una matriz de riesgos de carácter general y con criterio homogeneizante, por lo general, no se discuten los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, porque se acude

automáticamente a los riesgos enlistados en la matriz. No obstante, dependiendo de la naturaleza, objeto, cuantía o complejidad del objeto contractual a desarrollar, en ocasiones se hace necesario reconsiderar los riesgos, o acudir a unos no enlistados, caso en el cual se discuten al momento de la elaboración de los estudios previos correspondientes. La entidad los predetermina en los estudios previos. La entidad los predetermina en los estudios previos como garantía de una adecuada planificación contractual y en acatamiento estricto de las normas legales y reglamentarias que reglan la gestión contractual de las entidades públicas.

4. **¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** Al momento de elaboración de la matriz de riesgos correspondiente, se llevó a cabo un estudio de las situaciones, hechos o acontecimientos de carácter previsible y extraordinario, con potencialidad para generar una ruptura del equilibrio económico del contrato, y cuya asignación debe recaer en alguna de las partes o en ambas, determinando el porcentaje en que deben asumir el riesgo, las características de aquel y las consecuencias jurídicas derivadas de su ocurrencia.
5. **Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Por qué?** Si. Porque hay que dotar a la gestión contractual de garantías y seguridades que le permitan a las entidades públicas y a los particulares satisfacer adecuadamente las necesidades y exigencias que se derivan del cumplimiento de sus objetivos misionales. Aunque en ocasiones no es una labor fácil, porque resulta complejo muchas veces determinarlos ante todas las potenciales situaciones que pueden acaecer en el desarrollo, cumplimiento y ejecución de los contratos, y que puedan lesionar su economía.
6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsibles para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la**

gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué? Las disposiciones normativas señalan unas obligaciones de ineludible cumplimiento de carácter muy abstracto, aunque existen desarrollos interesantes sobre el tema como los documentos CONPES. En relación precisa a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, el ejercicio de tipificar, estimar y asignar los riesgos, constituye un verdadero desafío para el operador público, en razón a que dicho ejercicio, precisamente por la complejidad del asunto, no puede reducirse a una actividad meramente mecánica o ritual, sino que amerita un análisis juicioso y reflexivo dependiendo de los distintos servicios que la entidad requiera satisfacer.

- 7. ¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año.** Para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos. Estas han tenido lugar en contratos de distinta naturaleza jurídica, como los contratos de suministro y de obras.

SEGUNDA: Entidad: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Cargo: Experta Legal

Nombre: Priscila Sánchez

- 1. En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? NO___ SI X**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste: Se definen unos riesgos inherentes a este tipo de contratación y se asignan a algunas de las partes.

2. **Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? Si en un 80%**
3. **En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen?** Se establecen en la invitación a presentar oferta y el potencial puede controvertirlos
4. **¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** De acuerdo con la probabilidad de ocurrencia de eventos que puedan afectar el contrato, de acuerdo con los antecedentes en la entidad
5. **¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué?** No, porque la estimación de los riesgos en cualquier contrato es difícil de medir y particularmente en los contratos de prestación de servicios la labor intelectual es muy difícil de cuantificar la afectación.
6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsibles para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** No, la teoría del riesgo en contratación estatal está más enfocado a los contratos de obra o concesiones, debido a los múltiples factores que se presentan en su ejecución, por lo cual la norma debería estar enfocado solamente a los

contratos en los cuales la experiencia demuestre que se afecta el equilibrio económico del contrato.

- 7. ¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año. No**

TERCERA: Entidad: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Cargo: Coordinadora de Contratos

Nombre: Ivett Sanabria

- 1. En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? NO x SI**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste:

- 2. Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? 60%**
- 3. En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen? Si, cuando el contratista presenta oferta y la dependencia solicitante en los estudios previos**
- 4. ¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no tienen riesgos**
- 5. ¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de**

apoyo a la gestión? ¿Por qué? No, porque por la naturaleza del servicio no tienen riesgo y generarían es encarecer el servicio

- 6. ¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsible para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** Por la actividad de los contratos de servicios profesionales no se presentan rompimiento del equilibrio contractual de ese modo, nunca se ajusta a la realidad y nunca aplica a los contratos de servicios profesionales
- 7. ¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año. Nunca.**

CUARTA: Entidad: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Cargo: Abogado Contratos

Nombre: Orlando Oñate

- 1. En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? NO SI no se**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste:

- 2. Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? 55%**
- 3. En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio**

económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen? Si, cuando el contratista presenta oferta y la dependencia solicitante en los estudios previos.

4. **¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no tienen riesgos.
5. **¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué?** No, porque por la naturaleza del servicio no tienen riesgo.
6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsibles para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** Por la actividad de los contratos de servicios profesionales no se presentan rompimiento del equilibrio contractual por su naturaleza.
7. **¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año.** Nunca.

QUINTA: Entidad: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Cargo: Abogada Contratista

Nombre:

1. **En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** NO x SI no se

En caso afirmativo, indicar en qué consiste:

- 2. Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? 60%**
- 3. En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen? En los estudios previos y en el contrato**
- 4. ¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no tienen riesgos**
- 5. ¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué? No, porque por la naturaleza del servicio no tienen riesgo y generarían es encarecer el servicio**
- 6. ¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsible para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué? Por la actividad de los contratos de servicios profesionales no se presentan rompimiento del equilibrio contractual de ese modo, nunca se ajusta a la realidad y nunca aplica a los contratos de servicios profesionales.**
- 7. ¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de**

prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año. Nunca.

SEXTA: Entidad: MINISTERIO DE DEFENSA

Cargo: Abogado Contratista

Nombre: Jorge Alberto Giraldo

- 1. En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? NO SI no se**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste:

- 2. Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? 70%**
- 3. En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen? De acuerdo con la normatividad vigente se realiza cuando el contratista presenta oferta y cuando la dependencia solicitante lo incluye en el formato de los estudios previos**
- 4. ¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no tienen riesgos en su gran mayoría.**
- 5. ¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué? No, porque por la naturaleza de este tipo de contratos no hay riesgos salvo cuando en se percibe que por razones excepcionales podría darse tal situación.**

6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsibles para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** Por la naturaleza de los contratos en general no se da el desequilibrio contractual.
7. **¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año.** Jamás.

SÉPTIMA: Entidad: PROGRAMA PRESIDENCIAL

Cargo: Abogada Contratista

Nombre: Andrea Cáceres

1. **En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** NO___ SI x

En caso afirmativo, indicar en qué consiste: Una matriz que recoge en cada caso situaciones que ya se han presentado para tener en cuenta en próximas ocasiones. Es como un banco de datos de riesgos de contratos.

2. **Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio?** 65%
3. **En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué**

momento lo hacen? Son analizados en dos momentos a la presentación de la oferta y en los estudios previos.

4. **¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no han presentado riesgos.
5. **¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué?** Si excepcionalmente, dado el caso
6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsibles para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** Por la actividad de los contratos de servicios profesionales casi nunca hay desequilibrio.
7. **¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año:** No a la fecha.

OCTAVA: Entidad: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Cargo: Abogada Contratista

Nombre: Maritza Rengifo

1. **En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** NO___ SI___ no se

En caso afirmativo, indicar en qué consiste:

2. **Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios**

profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? 80%

3. **En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen?** La entidad los predetermina en los estudios previos.
4. **¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** En el contrato en una cláusula.
5. **¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué?** Si porque son muchas las actividades que generar riesgos por el sitio de trabajo y la información que manipulan.
6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsible para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** No conozco a fondo la normatividad para hacer una comparación objetiva -Si se deben tipificar y estimar para tener claridad cuando ocurra el siniestro.
7. **¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año.** No tengo conocimiento.

NOVENA: Entidad: SECRETARIA DE MOVILIDAD

Cargo: Profesional Universitario

Nombre:(opcional)

1. **En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? NO x**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste:

2. **Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? En porcentaje del presupuesto como un 20%**
3. **En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen? Se tienen directrices generales, trazadas previamente al inicio de la ejecución pero no existe documento formal al respecto.**
4. **¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsible en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? Cada área técnica los evalúa.**
5. **¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué? Acoge el principio de responsabilidad, pero no hay que exagerar las condiciones de previsibilidad.**
6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsible para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué? La práctica derivada del derecho comercial y civil, relacionada con riesgos viene invadiendo de forma incontrolable el teatro de lo público, pretender para toda la contratación pública**

la asignación, estimación y tipificación de riesgos, es un escenario que pareciera más inoficioso que útil.

- 7. ¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año. No**

DÉCIMA. Entidad: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

Cargo: Profesional Universitario

Nombre (opcional)

- 1. En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? SI**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste: Riesgos asumidos por el contratista, que no sean tenidos en cuenta a la hora de incumplimiento contractual, riesgos que asume la entidad contratante con la suscripción del contrato, riesgos mixtos.

- 2. Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio? 10%**
- 3. En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen?**
 1. Cuando en desarrollo del proceso de selección del contratista se demuestre la participación del funcionario de la entidad contratante que beneficie a alguno de los participantes
 2. Cuando el contrato deba ser suspendido por causas ajenas a la voluntad de la entidad contratante,

3 cuando hecha la liquidación del contrato no se encuentre conforme con tal, entonces se llega a un acuerdo mutuo entre las partes.

4. **¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** Se estiman por riesgos de corrupción por parte del funcionario de la Entidad o de los oferentes que participaron en el proceso de selección del contratista, otro es la falta de acuerdo con el contratista al momento de realizar la liquidación.
5. **¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué?** Sólo si existe la posibilidad de afectación con el servicio que limite, retrase o suspenda la ejecución del contrato, o porque perjudique en cualquier forma y de acuerdo con la tipificación del riesgo el desarrollo normal del contrato.
6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsibles para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** Considero que se ajusta para la mayoría de contratos, pero tendría que verse de manera particular para esos servicios.
7. **¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año.** Estadísticamente no se tiene un indicador claro en cuanto a reclamaciones que pretendan el equilibrio económico del contrato.

UNDÉCIMA. Entidad: INSTITUTO PARA LA INVESTIGACIÓN EDUCATIVA Y EL DESARROLLO PEDAGÓGICO-IDEP

Cargo: Contratista

Nombre: (opcional)

- 1. En la entidad pública para la cual presta sus servicios, ¿Existe una matriz de riesgos para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? NO X SI.**

En caso afirmativo, indicar en qué consiste:

- 2. Dentro de los procesos de contratación que lleva a cabo el órgano público, ¿Han celebrado contratos de prestación de servicios profesionales en donde el desarrollo del contrato dependa netamente de la actividad intelectual que realice el contratista? En caso afirmativo, ¿Puede indicar un promedio?** El 80% de los contratos suscritos son de prestación de servicios profesionales.
- 3. En los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ¿Discuten los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato con los contratistas? En caso afirmativo en ¿Qué momento lo hacen?** Si, en la revisión de los estudios previos.
- 4. ¿Cómo tipifican, estiman y asignan los riesgos previsibles en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión?** No existiendo matriz, se realiza una verificación para cada tipo de contrato dependiendo del tipo de actividad a desarrollar.
- 5. ¿Considera Usted que es pertinente tipificar, estimar y asignar los riesgos en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? ¿Por qué?** Es pertinente, porque la asignación, estimación y asignación de riesgos no se deriva de la tipología contractual, sino de la actividad que se desarrolla dentro de la ejecución. Así, el elemento que define la caracterización de los riesgos no se encuentra en la clase de contrato, sino en las labores a desarrollar.

6. **¿Considera Usted que la normatividad legal en cuanto a los riesgos previsible para prever el equilibrio económico de las partes, se ajusta a la realidad en los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión que celebra las entidades? Considera Usted que en la mayoría de estos contratos ¿Es necesario tipificarlos, estimarlos y asignarlos? O ¿Sólo para casos excepcionales? ¿Por qué?** La normatividad frente a los riesgos asignó a las entidades públicas la labor de identificarlos estimarlos y asignarlos, luego la realidad en los contratos de prestación de servicios depende de la entidad. Creo que no puede macarse una línea sobre si la asignación de riesgos en los contratos de prestación de servicios es excepcional o no, considero que la revisión de dicho tema es única en el sentido que la tipología no define el riesgo.
7. **¿Se han presentado reclamaciones para el restablecimiento del equilibrio económico por la ocurrencia de riesgos en ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión? En caso afirmativo indicar un promedio de cuántas al año. No, que yo conozca.**